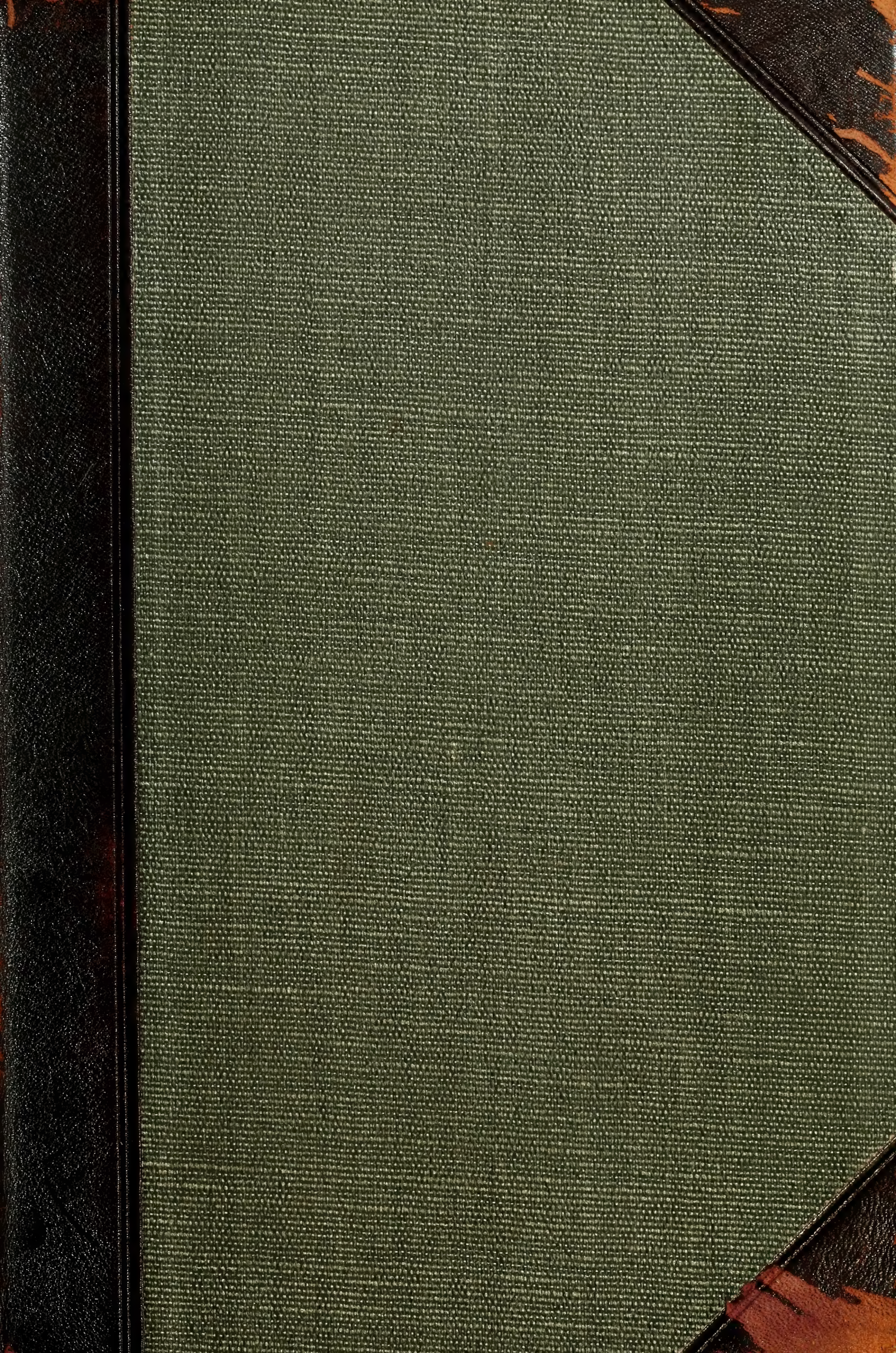





ACK
URISTISCHE
CHHANDLUNG
RLIN·W35
DAMER·STR. 112

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Gerichtsassessor in Berlin,
und
Dr. Th. Olshausen, Gerichtsassessor in Berlin,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

3. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1905 umfassend).

Erster Band.



Berlin, 1905.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Zu den bisher schon berücksichtigten Gesetzen sind im dritten Jahrgange das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das Hypothekenbankgesetz, die gewerblichen, künstlerischen und literarischen Schutzgesetze (PatG., GebrMustG., WarenZG., KunstUrhG., PhotG., MustG., LitUrhG.) und das Verlagsgesetz getreten. Der Bericht über FGG. umfaßt fünf, der über die ZPO. zwei Jahre. Hieraus erklärt sich, daß das Streben, den Umfang des Jahrbuchs zu verringern, noch keinen greifbaren Erfolg gezeitigt hat.

Mit Genugtuung ist hervorzuheben, daß nicht nur die Zahl der Abonnenten, sondern auch die der berichtenden Autoren eine fortgesetzt steigende ist. Unser gemeinnütziges Unternehmen, an dessen Begründung wir nicht ohne Zweifel und Bedenken herangingen, hat jetzt seine Daseinsberechtigung erwiesen, seine Fortdauer ist sichergestellt. Dieses erfreuliche Ergebnis wird der Redaktion ein Sporn sein, alle Kräfte für Verbesserung und Ausgestaltung des Jahrbuchs einzusetzen.

Um ein möglichst vollständiges Verzeichnis der niemals ganz zu vermeidenden Irrtümer aufzustellen, bitten wir alle Leser, der Redaktion etwa wahrgenommene Unrichtigkeiten, insbesondere der Zitate, mitzuteilen.

Berlin W. 35,
Potsdamer Straße 118.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis des dritten Jahrganges.

1. Band.

2. Band.

Nachweis der im Jahrgang 1—3 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrgang 1.	Jahrgang 2.	Jahrgang 3.
Bürgerliches Gesetzbuch .	Bd. 1 1—728 Bd. 2 1—456	Bd. 1 1—813	Bd. 1 1—710
Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz	Bd. 3 1—332	—	Bd. 2 320—611
Handelsgesetzbuch	—	Bd. 2 1—268	Bd. 2 1—117
Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz	—	—	Bd. 2 176—253
Grundbuchordnung . . .	—	Bd. 2 395—477	Bd. 2 145—172
Konkursordnung mit Anfechtungsgesetz	—	Bd. 2 478—530	Bd. 2 253—290
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung . .	—	Bd. 2 361—395	Bd. 2 290—320
Unlauterer Wettbewerb .	—	Bd. 2 336—361	Bd. 2 611—632
Reichshaftpflichtgesetz. . .	—	Bd. 2 317—333	Bd. 2 134—145
Personenstandsgesetz . . .	—	Bd. 2 333—336	Bd. 2 172—176
Seerechtl. Nebengesetze u. Binnenschiffahrtsgesetz .	—	Bd. 2 269—274	Bd. 2 118—120
Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung	—	—	Bd. 2 121—126
Gesellschaft mit beschr. Haftung	—	Bd. 2 274—297	—
Genossenschaftsgesetz . . .	—	Bd. 2 297—317	—
Hypothekenbankgesetz . . .	—	—	Bd. 2 126—134
Patentgesetz	—	—	Bd. 2 632—645
Gebrauchsmusterschutz . .	—	—	Bd. 2 645—647
Warenzeichenrecht	—	—	Bd. 2 648—659
Gewerbliche und künstlerische Schutzgesetze . . .	—	—	Bd. 2 660—667
Literatur und Tonkunst .	—	—	Bd. 2 667—677
Verlagsrecht	—	—	Bd. 2 677—680

Mitarbeiter des dritten Jahrganges.

Boschan, Landgerichtsrat in Berlin: Grundbuchordnung und BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht;

Dr. **Breit**, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Dresden: ZPO. Buch I bis § 127;

Dr. **A. Brückmann**, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—304, 398—432, 598—704, 759—763, 765—782 und Buch III: Fundrecht;

Dr. **Gottschalk**, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Buch II §§ 362—397, 783—853 und Unlauterer Wettbewerb;

Dr. **Heinrici**, Amtsrichter in Oranienburg: BGB. Buch II §§ 705—758 und HGB. II. Buch;

Dr. **Herz** in Berlin: Gerichtsverfassung und ZPO. Buch IV, V, VI, VII und IX, X;

Dr. **Isay**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Patent- und Gebrauchsmustergesetz;

Dr. **Krech**, Gerichtsassessor in Berlin: ZPO. VIII. Buch;

Dr. **Liebenow**, Gerichtsassessor in Berlin: HGB. III. Buch bis § 406;

Lilienthal, Justizrat und Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Vereinsrecht.

Dr. **Magnus**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Gewerbliche, künstlerische und literarische Schutzgesetze, Warenzeichenrecht und Verlagsrecht.

Dr. **Mode**, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. Buch II §§ 305—361 und Buch V §§ 1922 bis 2064.

Dr. **Mothes**, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: Konkursordnung, Anfechtungsgesetz;

Dr. **Th. Olshausen**, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. Allgemeiner Teil — mit Ausnahme des Vereinsrechts —; Buch II §§ 433—597, Buch III: Besitz und Mobiliarsachenrecht mit Ausnahme des Fundrechts und Pfandrechts sowie ZPO. Buch I §§ 128—252 und Buch II u. III.

Dr. **Max Reindl**, Direktionsrat im Verkehrsministerium in München: HGB. III. Buch §§ 407 bis 473; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung und Reichshaftpflichtgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. **Schultheis**, Amtsrichter in Amöneburg: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht;

Dr. **Sievers**, Reichsgerichtsrat in Leipzig: HGB. IV. Buch, Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. **Sontag**, Amtsrichter in Kattowitz: HGB. I. Buch und Hypothekenbankgesetz;

Dr. **Trumpler**, Syndikus der Handelskammer in Frankfurt a. M.: BGB. § 764;

Vormbaum, Amtsrichter in Charlottenburg: EGBGB. und EGHGB.;

Dr. **Weiß**, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Breslau: BGB. V. Buch §§ 2064—2385;

Dr. **Winter**, Landrichter in Halle a. S.: BGB. Buch IV §§ 1297—1362, 1564—1615, 1699—1772 und Personenstandsgesetz;

Dr. **Wolff**, Gerichtsassessor in Berlin: Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz.

Dr. **von Zahn**, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: BGB. Buch III: Pfandrecht.

Zelter, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Abkürzungen.

AbürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
AöffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AzivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayNotZtg. = Zeitschrift f. d. Notariat und f. d. freiw. Rechtspflege d. Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslAK. = Zeitschrift der Breslauer Anwaltskammer.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotVZ. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothrJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift f. Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau (für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.).
GerH. = Gerichtshalle.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewGer. = Das Gewerbegericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GH. = Gerichtshalle.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGerZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JustdRdsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift f. Kriminalpsychologie.
KrVSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Mitt. v. VDP. = Mitteilungen vom Verband deutscher Patentanwälte.
NaumbAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
ÖstAGZ. = „Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstZBl. = Österreichisches Centralblatt für die juristische Praxis.
PA. = Patentamt.
PBl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMschr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch d. Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb.
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege.
WürttZFrG. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBlFrG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
ZBlRw. = Centralblatt für Rechtswissenschaft.
ZJPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➛ ⇠ = Selbständiger Zusatz bezw. Entgegnung eines Autors.
➛ — Red. ⇠ = Bemerkung der Redaktion.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Vorbemerkung: Wiederum nehmen im ersten Titel Namenrecht und Recht am eigenen Bilde einen breiten Raum ein. Vor allem über die Frage, wann eine Namensänderung anzunehmen ist, liegen wichtige, mit der früher geübten Praxis im Widerspruche stehende Entscheidungen des KG. vor. Diese Erkenntnisse, sowie dasjenige des OLG. Marienwerder (Ziff. II 2b zu § 12) sind besonders für die mit polnischer Bevölkerung durchsetzten Gebiete Preußens von Bedeutung. Die Literatur über das Recht am eigenen Bilde wurde im wesentlichen durch den neuen (zweiten) die Photographie betreffenden Gesetzentwurf hervorgerufen. Die Ergebnisse der Beratungen des 27. Deutschen Juristentags sind noch nicht berücksichtigt worden, weil die Protokolle über die Verhandlungen noch nicht erschienen sind. — Zu der im vorigen Jahrgang eingehend behandelten Kontroverse über den Einfluß der Todeserklärung auf die Ehe waren aus dem Berichtjahre nur zwei Äußerungen niederer Gerichte hervorzuheben.

§ 5. OLG. 8 163 (KG.), KGJ. 27 A 15, Standesamt 3 66; NaumbAK. 3. 04 38, RheinAV. 22 4 ff.: Bei der Frage, ob die Volljährigkeitserklärung das Beste des Minderjährigen befördert, sind neben den ökonomischen auch die ethischen Momente zu berücksichtigen, denn das Beste des Minderjährigen umfaßt nicht bloß sein wirtschaftliches, sondern auch sein sittliches Wohlergehen. Es wird zugunsten der Volljährigkeitserklärung in Betracht gezogen, daß dem Minderjährigen die Möglichkeit gegeben wird, durch Eheschließung mit einem von ihm geschwängerten Mädchen diese in Ehren zu bringen.

KGJ. 25 A 3: Beschwerde gegen die Volljährigkeitserklärung ist nur dann gegeben, wenn das angeblich beeinträchtigte Recht bereits zur Zeit des Erlasses der Entscheidung bestand. Die Mutter, die nachträglich die Sorge für die Person des Kindes erlangt hat, kann nicht mehr Beschwerde gegen die vorher rechtskräftig gewordene Volljährigkeitserklärung führen.

§ 6. 1. *Eichbaum, HessRspr. 5 66 f.: Auch Minderjährige und Entmündigte können, insbesondere weil Entmündigung nicht notwendig Minderung der Geschäftsfähigkeit erst schafft — sie kann dies übrigens auch bei Minderjährigen —, aus jedem bzw. jedem weiteren Grunde des § 6 entmündigt werden. „Infolge" in Ziff. 1 und 3 bezeichnet nicht wirkliche Kausalität, obwohl auch dann die Stelle auf Minderjährige anwendbar bliebe, sondern nur Grad und Umstände der Krankheit bzw. Trunksucht. Verschwendung auch möglich bei dem oneroser Rechtsgeschäfte Unfähigen. Lösen Tatbestände des § 6 einander ab, so ist Neuentmündigung unter Aufhebung der alten geboten; Ausnahme bei Ablösung der Alternativen der Ziff. 3 untereinander.

2. Begriff der „Geisteskrankheit und Geistesschwäche" (vgl. JDR. 2 Ziff. I 1).

Landauer, DJZ. 04 1058, bekämpft die herrschende Auffassung der Geistesschwäche als leichteren Grades von Geisteskrankheit, der sich von dieser nur

durch die Rechtsfolgen für die Handlungsfähigkeit unterscheide. Geistesschwäche sei vielmehr ein nach Lebenserfahrung und ärztlicher Wissenschaft zu bestimmender Zustand geistigen Gebrechens, der entweder angeboren sei oder durch Alter, Geisteskrankheit oder andere schädigende Einflüsse, wie Alkoholismus, Epilepsie, Hysterie, Trauma, erworben sein könne.

3. Zu Ziff. 1.

Die Homosexualität läßt sich höchstens als Geisteskrankheit geringeren Grades, d. h. als eine Geistesschwäche auffassen. Eine Entmündigung wegen Homosexualität wird jedoch nur äußerst selten gerechtfertigt sein, weil regelmäßig die Fähigkeit des Homosexuellen zur Besorgung seiner Angelegenheiten besteht. Diese Fähigkeit darf man jedenfalls nicht für beseitigt erachten wegen des infolge des homosexuellen Triebes möglichen oder tatsächlich eingetretenen Konflikts mit dem Strafgesetzbuch. *Dr. Numa Prätorius, Homosexualität nach BGB., 3. Abschnitt, Pos. III; vgl. unten § 827 BGB.

§ 7. BayObLG. 5 78 ff., R. **04** 164: Zur Begründung eines Wohnsitzes an dem Orte der Niederlassung genügt der Wille, dauernd dort zu bleiben, auch wenn von vornherein damit gerechnet wurde, später bei Eintritt veränderter Verhältnisse den Wohnsitz zu verlegen (vgl. auch Planck (3) I 70 Erl. 3). Der Umstand, daß in der Folge der Aufenthalt nur von kürzerer Dauer war, stellt den einmal aufgehobenen früheren Wohnsitz nicht wieder her (81).

§ 12. Literatur: Allfeld, Der Entwurf eines Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, GRschutz 9 258—271. — Boden, Über Namensgleichheit, ZBlFrG. 5 309—315. — Diefenbach, Zur Lehre vom Namensrecht, PucheltsZ. 35 481 ff., 565 ff. — Goetze, Das preußische Heroldsamt und der § 12 BGB., Iherings J. 48 399—416. — Osterrieth, Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, GRschutz 9 245—258. — Schuster, Gegen das Recht am eigenen Bilde, ÖstAGZ. **04** 202—206 und 303. — Verfügung des Königl. Preußischen Justizministers vom 17. August 1903, betreffend Namensänderungen Minderjähriger, ZBlFrG. 5 372.

I. 1. *Diefenbach, Puchelts Z. **35** 481 ff., 565 ff.: Die Vorschrift des § 12 schützt zunächst nur den bürgerlichen Namen in seiner Gesamtheit, bestehend aus Vor- und Zunamen, findet aber auch, soweit nicht Spezialgesetze Abweichendes enthalten, analoge Anwendung auf den kaufmännischen Namen, d. h. die Firma, den gewerblichen Namen, von welchem das Urheberrecht handelt, und auf das Pseudonym. Diese Namen sollen zunächst die Einzelpersönlichkeiten gegen Verwechselungen mit anderen Personen schützen; insoweit wird das Namenrecht mit Recht als Persönlichkeitsrecht angesehen.

Der Familienname für sich allein (ohne Vornamen) dient aber außerdem auch noch dem Zwecke, seinen Träger als Mitglied einer gewissen Familie äußerlich zu kennzeichnen. Auch diese Funktion des Familiennamens genießt den Schutz des § 12; sie gibt die richtige Entscheidung an die Hand für die häufigen Fälle, in denen jemand einen fremden Familiennamen seinem eigenen beifügt, oder sich desselben, z. B. als Pseudonym, statt seines eigenen bedient. Klageberechtigt aus § 12 ist hier jeder, der zu der betreffenden Familie gehört, mag er auch selbst, z. B. eine Ehefrau infolge der Verheiratung, den Familiennamen selbst dauernd oder vorübergehend nicht führen; das Verbietungsrecht aber besteht nur gegenüber demjenigen, der nicht zur „Familie", d. h. zur „Sippe" im deutschrechtlichen Sinne zählt.

2. Änderung des Familiennamens.

a) Meyer, SeuffBl. **69** 4 ff.: Die Frage, was Namensänderung ist, ist unter der Herrschaft des BGB. nach Landesrecht zu beurteilen (4). Der Gebrauch eines Pseudonyms ist nicht als Namensänderung zu erachten und außerhalb des Rechtsverkehrs an sich straflos. Doch kann die Angabe eines Pseudo-

nyms bei dem Vorhandensein der übrigen Tatbestandsmerkmale aus § 360 Nr. 8 StGB. strafbar sein (7). Mayer erörtert des weiteren die Bestrafung eigenmächtiger Namensänderungen in Bayern.

b) Meikel, R. 04 329, entnimmt einem Urteile des BayObLG. vom 25. 5. 04 folgende Grundsätze:

α. Die Frage, ob jemand befugt ist, seinen Namen zu ändern oder sich einen anderen Namen beizulegen, ist nach dem Personalstatute der betreffenden Person zu beurteilen, vgl. auch OLG. 3 85 (KG.).

β. Wenn jemand zwischen seinen Vornamen und Familiennamen den Familiennamen einer dritten Person einschieben will, so ist hierin eine Änderung des Familiennamens zu erblicken, auch wenn der Betreffende den Namen als Vornamen führen will (a. M. Dernburg-Oertmann I 55 Ziff. 3c).

γ. Wenn eine Ehefrau nach ihrer Verehelichung ihren Mädchennamen neben dem Familiennamen ihres Mannes weiterführen will, so ist das Recht des Staates maßgebend, dem sie infolge ihrer Eheschließung angehört, und zwar auch dann, wenn sie ihren Entschluß schon bei der Eheschließung faßt.

3. *Boden, ZBlFrG. 5 309—315: Kleine Differenzen in den Namen des eingetragenen Berechtigten und des die Eintragung Bewilligenden empfiehlt sich, als unerheblich zu behandeln und zwar nach Maßgabe folgender Grundsätze:

a) Rein schreibartliche Verschiedenheiten beeinträchtigen im allgemeinen die Identität des Namens nicht.

b) Insonderheit gelten die allgemein gebräuchlichen Vornamen als feste Typen, die sich durch orthographische Eigentümlichkeiten nicht differenzieren lassen.

c) Verschiedene Stellung der Vornamen begründet keine Verschiedenheit des Namens, denn die Vornamen eignen dem Benannten nicht als einheitliches Ganzes, sondern jeder Name kommt ihm besonders zu (314). Vgl. hierzu auch v. Welck u. Ziese, JDR. 1 zu § 12 unter Vorname.

4. Das Pseudonym (JDR. 1 zu § 12 S. 15).

Der Schutz des Pseudonyms als „Recht" besagt nichts für seine Zulassung als Zeichnungsmittel bei schriftförmlichen Erklärungen (vgl. u. Ziff. 2 b α zu § 126). *Heinrich-Lehmann, Die Unterschrift 76—83.

5. *Goetze, Iherings J. 48 416: Die Rechtsstreitigkeiten, welche die Führung eines Adelsnamens, also die Behauptung eines, auch durch Legitimation und Annahme an Kindes Statt erworbenen, Erbadels, sowie die Zugehörigkeit zu einer bestimmten adeligen Familie zum Gegenstande haben, sind, da sie sich auf dem Gebiete des Privatrechts bewegen, der Zuständigkeit des Kammergerichts entzogen und in letzter Instanz durch das Reichsgericht zu entscheiden.

6. Verhältnis des Namenrechts zum Warenzeichengesetz.

a) *Finger, UnlW. 3 73 ff.: Eigennamen können als Warenzeichen eingetragen werden, ausgenommen den Fall, daß sie täuschend wirken. Sie wirken nicht täuschend, wenn sie

α. den bürgerlichen Namen oder die Firma des Anmelders selbst oder doch eine zulässige übliche Abkürzung des Namens oder der Firma darstellen oder

β. zwar fremde Namen oder Firmen sind, der Anmelder aber zum Träger des Namens oder der Firma selber sachliche Beziehungen nachweisen kann, welche ihn berechtigen, den Namen im Verkehr als Bezeichnung seiner Waren zu benutzen;

γ. die Eigenschaft von Sachbenennungen der Waren oder von nicht täuschenden Phantasiebenennungen genommen haben (vgl. § 4 Abs. 1 Ziff. 3 des Warenbezeichnungsgesetzes vom 12. 5. 94).

Die Frage, ob der berechtigte Inhaber des Namens oder der Firma einem anderen die Erlaubnis erteilen muß, den Namen oder die Firma als Waren-

zeichen zu benutzen, ist zu verneinen, weil es sich hier nur um die tatsächliche Frage handelt, ob das Zeichen im Verkehr auf den Waren des Anmelders täuscht.

Finger a. a. O. 105 ff.: Sind täuschend wirkende Eigennamen als Warenzeichen in der Zeichenrolle eingetragen, so steht Dritten die Löschungsklage aus § 9 Abs. 1 Ziff. 3 des Warenbezeichnungsgesetzes zu.

b) BayObLG., Seuff Bl. **69** 215/216: Der im § 12 gewährte Schutz greift auch demjenigen gegenüber durch, der einen fremden Namen zur Bezeichnung seiner Waren gebraucht, denn das Recht, den unbefugten Gebrauch des Namens zur Warenbezeichnung zu verbieten, steht neben der Entschädigungspflicht, die § 14 Abs. 1 des Gesetzes vom 12. 5. 04 vorsieht für den Fall, daß der widerrechtliche Gebrauch wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit geschieht.

II. Einzelheiten aus der Praxis.

1. a) **RG. 56** 187 ff., JW. **04** 101: Verletzung des durch die Geburt erworbenen Rechtes auf den Namen durch unbefugten Gebrauch dieses Namens als Firma seitens eines anderen (190).

b) KGBl. **04** 32: Das KG. ist im Anschluß an Planck (3) Anm. 5 zu § 12 der Ansicht, daß das Pseudonym eines Artisten durch § 12 nicht geschützt wird.

c) **RG.** SeuffA. **59** 307: Der Name kann nicht ersessen werden.

d) BayObLG., R. **04** 551: Bildet das Wort „von" den Bestandteil eines Familiennamens, so steht der Führung dieses Namens die Gefahr einer Verwechselung des einen Bestandteil des Namens bildenden Wortes „von" mit der Adelsbezeichnung nicht im Wege.

2. Änderung des Familiennamens.

a) Abweichend von dem Erkenntnis des KG. (Strs. 30. 9. 01 in KGJ. **22** C 115 (JDR. **2** Ziff. 3 b zu § 12), zunächst KGJ. **24** A 163 ff., sodann auch im gleichen Sinne Strs. des KG. 3. 12. 03, KGJ. **27** C 36 ff. (auch DJZ. **04** 74): Der dem Vater gesetzlich zustehende Familienname wird bei Geburt seines Kindes kraft Gesetzes auch der Familienname des Kindes. Wenn der Vater zur Zeit der Geburt seines Kindes einen anderen als seinen gesetzlichen Familiennamen führt, so ist dies für die Frage, welches der Familienname des Kindes sei, ohne Bedeutung. Auch das PrOVG., DJZ. **04** 222, erachtete den Tatbestand einer Änderung des Familiennamens nicht deshalb für ausgeschlossen, weil die Schreibart des Namens schon bei der Beurkundung der Geburt im Kirchenbuch angewandt und auch von dem Träger des Namens selbst gebraucht worden war.

b) OLG. Marienwerder (Strs.), PosMschr. **04** 15 ff.: Eine unrichtige Eintragung des Familiennamens im Kirchenbuch oder Standesregister ändert diesen nicht, weder für denjenigen selbst, dessen Familienname falsch eingetragen ist, noch auch für seine Nachkommen.

c) KGJ. **27** A 65 ff. (KG.): Die einem Namen zugefügten Worte: „genannt St." stellen nicht immer einen willkürlichen Zusatz des Familiennamens dar, sondern können einen Bestandteil desselben bilden (65). — Eine Namensänderung liegt nicht nur vor bei vollständiger Ablegung des bisherigen Namens, sondern auch bei Änderung des beibehaltenen Namens und bloßer Änderung der Schreibweise (66). Ebenso auch PrOVG., DJZ. **04** 222.

3. Adelsprädikat (vgl. JDR. **2** Ziff. 3 c zu § 12).

a) **RG.** 30. 11. 03 JW. **04** 53, SeuffA. **59** 305 ff.: Der § 12 läßt das Adelsrecht als solches unberührt, aber auch bei dem adeligen Namen kommt neben der öffentlich-rechtlichen eine privatrechtliche Seite in Betracht. Soweit daher der adelige Name zugleich dem allgemeinen Namenszwecke dient, ist er

nicht bloßes Prädikat und Titel, und wird folgerichtig durch § 12 ebenso geschützt, wie der bürgerliche Name.

b) KGJ. **27** C 69 ff. (KG.): Auch hier wird ausgeführt, daß das Adelsrecht sowohl dem öffentlichen als dem Privatrecht angehört (72). Das Recht auf Führung eines Adelsprädikats ist ebenso wie dasjenige auf den Namen ein höchstpersönliches Recht, bezüglich dessen das Personalitätsprinzip gilt (73). Die Befugnis zur Führung eines Adelsprädikats, das einem Nichtpreußen von seinem Landesherrn rechtmäßig erteilt ist, ist in Preußen von einer Genehmigung nicht abhängig (75).

c) Das Heroldsamt ist in Grundbuchsachen die Richtigstellung der Bezeichnung eines zu Unrecht mit dem Adelsprädikat Eingetragenen zu betreiben berechtigt. KGJ. **25** A 88, JMBl. **03** 12.

Hiergegen wendet sich *Goetze, Iherings J. **48** 410: Wenn das Kammergericht mit vollem Rechte annimmt, daß das Heroldsamt zu den antragsberechtigten Grundbuchbeteiligten nicht gehört und auch nicht „unmittelbar" befugt sei, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, weil die Voraussetzung, welche nur gesetzlich bestimmten Behörden, zu denen das Heroldsamt nicht gehört, eine bestimmte Art von Eintragungen bei dem Grundbuchamte herbeizuführen gestattet, mangele, so ist die hierdurch dem Heroldsamt eingeräumte Berechtigung unhaltbar; denn darüber kann kein Zweifel bestehen, daß die Vorschriften der Grundbuchordnung, welche eine Einwirkung auf die Eintragungen des Grundbuchs zulassen, bei dessen absolutem, unverletzlichem und durch das allgemeine Vertrauen geheiligtem Charakter nur die strikteste Auslegung vertragen und nicht auf Unbeteiligte ausgedehnt werden dürfen, wennschon es sich nur um die Beseitigung einer unrichtigen Bezeichnung ein und desselben Berechtigten handeln sollte.

4. Vorname (vgl. JDR. **2** Ziff. 3 d).

OLG. Marienwerder (StS.), PosMschr. **04** 17: Da die katholische Geistlichkeit die Vornamen in die Kirchenbücher in lateinischer Form eintrug, gleichviel ob sie in polnischer oder deutscher Form angemeldet wurden, enthalten solche Kirchenbücher überhaupt nicht denjenigen Vornamen, den der Vater dem Kinde beigelegt hat, der deshalb anderweit ermittelt werden muß (vgl. hierzu auch KG., JDR. **2** Ziff. 3 d zu § 12.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte.

I. *Dr. Hans Giesker, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten. Zürich 1905.

Die vorliegende Arbeit hat den Zweck, zu untersuchen, inwieweit die Geheimsphäre des Privaten (Definition derselben 1 ff.) durch das Recht geschützt wird. Das Ergebnis ist, daß der Schutz de lege lata zivilrechtlich kein lückenloser ist und bloß ganz bestimmte Ausnahmen bestehen in privatem und öffentlichem Interesse. Brief-, Geschäfts-, Post-, Amts-, Berufsgeheimnis sind nur Bruchstücke der Geheimsphäre (26). Soweit der subjektiven Interpretation von Gesetzesstellen Raum gelassen ist (z. B. bei BGB. § 826), ist mit Nachdruck der individualistisch-egoistische Standpunkt vertreten worden in bewußtem Gegensatz zu den sozial-altruistischen Strömungen der Gegenwart (s. Vorwort).

Da das deutsche Reichszivilrecht prinzipiell gegen tort moral keinen Schutz gewährt — im Gegensatze zum französischen und schweizerischen Rechte —, hat die vorliegende Schrift für Deutschland freilich nur teilweises Interesse.

II. Das Recht am eigenen Bilde (vgl. besonders JDR. **1** und **2** zu § 12).

1. Schneickert, Hirths Ann. **04** 169 ff., Der Kampf um das Recht am eigenen Bilde, wirft den Gegnern des Rechtes am eigenen Bilde vor, sie übersähen, daß es nach seiner positiven Seite schon längst Anerkennung gefunden habe (169).

Der Streit bestehe hauptsächlich um die negative Seite dieses Rechtes. Er wendet sich sodann besonders gegen v. Blume (s. IDR. 2, Anhang zu § 12 Ziff. 4), demgegenüber er betont, daß es bei dem so verschiedenartigen Empfinden der heutigen Zeitgenossen hinsichtlich der bildlichen Darstellung recht schwer sei, aus jeder offenbaren Verletzung des Rechtes am eigenen Bilde eine „Beleidigung" schlechthin zu konstruieren (171).

2. Gegen das Recht am eigenen Bilde wendet sich Schuster, ÖstAGZ. **04** 202 ff. Er bekämpft es unter Anführung von Äußerungen zahlreicher Künstler besonders im Interesse der Kunst. Ein Recht am eigenen Bilde würde außerdem unzulänglich sein zum Schutze gegen nichtbildliche Indiskretionen, es würde aber auch nicht Schutz gegen Porträtmißbrauch gewähren, weil es gegen den Mißbrauch mit bewilligten Porträts nicht schützen würde. Erforderlich wären Gesetze gegen Indiskretion jeder Art, die nicht schon in anderer Weise gesetzlich geahndet wird. Dieses Interesse möge man ein ideales nennen, mit dem Rechte am eigenen Bilde habe es jedoch gar nichts zu tun.

3. Marcus, GRschutz **9** 240, wendet sich gegen das Recht am eigenen Bilde in dem ihm von Keyßner gegebenen Umfange. Seine unbeschränkte Annahme würde für die Allgemeinheit eine zweifelhafte Wohltat, für ganze Kategorien von Staatsbürgern aber unzweifelhafte Unbequemlichkeiten bedeuten.

4. In einer neueren Entscheidung, GRschutz **9** 272, scheint das KG. das Recht am eigenen Bilde als geltendes Recht zu behandeln. Es erachtet es als ein unveräußerliches Recht der Persönlichkeit, daß ein weibliches Wesen, wenn es auch darin eingewilligt hat, daß von ihm Photographien unsittlichen Inhalts angefertigt und in den Verkehr gebracht werden, diese Erlaubnis jederzeit zurücknimmt (273).

5. Allfeld und Osterrieth betrachten den Porträtschutz (a. a. O. 267 ff. u. 254 ff.) unter kritischer Würdigung des neuen Gesetzentwurfes. Osterrieth ist der Ansicht, daß das gleiche Interesse, das einen Mißbrauch des Namens verbietet, das jeden direkten Zwang zu einem Handeln ausschließt, es auch begründe, daß das Bildnis einer Person nicht ohne ihre Genehmigung der Öffentlichkeit preisgegeben werde (255). Beide halten die im Entwurfe getroffene Lösung für die richtigste dieser schwierigen und so viel umstrittenen Frage. Nur glaubt Allfeld, daß der Entwurf das Urheberrecht zu sehr über das Persönlichkeitsrecht am eigenen Bilde stelle, indem er von dem Bildnisschutz allgemein die Bilder ausnehme, deren Zweck nicht in der Darstellnng einzelner Personen bestehe (269).

III. Das Wappenrecht (IDR. 2 Anhang zu § 12 Ziff. 6).

*Finger, UnlW. 3 37 ff.: Es ist ein dem Namen- und Firmenrecht entsprechendes absolutes, durch zivilrechtliche Negatorienklage gegen Eingriffe Dritter, sei es auch nur ein objektiv widerrechtlicher Gebrauch, geschütztes Privatrecht (Persönlichkeitsrecht). Inländische Landeswappen, das Kaiserliche Wappen und die Wappen der Bundesfürsten schützt § 360 Ziff. 7 StrGB. gegen unbefugten, d. h. ohne besondere Erlaubnis des Wappenberechtigten erfolgenden Gebrauch. Deutschen Fabrikanten ist der Gebrauch und die Abbildung des Kaiserlichen Adlers zur Bezeichnung ihrer Waren und Etiketten gestattet, jedoch nicht in der Form eines Wappenschildes, weshalb Inhaber eines Patents, Gebrauchsmusters oder Warenzeichens, das den Kaiserlichen Adler in dem Wappenschilde wiedergebende Patentamtswappen nicht gebrauchen dürfen.

Sonderreichsgesetze beherrschen den Gebrauch von Wappen im geschäftlichen Leben. § 4 Abs. 1 Ziff. 2 des WarenZG. beschränkt ihn für Warenzeichenzwecke, indem er Warenzeichen, die in- oder ausländische Staats-

wappen oder Wappen eines inländischen Ortes, eines inländischen Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes enthalten, für unzulässig erklärt. Das Verbot kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Wappenberechtigte einem anderen die Benutzung seines Wappens für die Zwecke der Zeichenführung gestattet, da nicht Eingriffe in die subjektiven Rechte der Wappeninhaber verhütet, sondern aus Gründen der Politik und öffentlichen Ordnung Hoheitszeichen dem Geschäftsleben entzogen werden sollen. Auch die Träger solcher Wappen können für ihren eigenen Geschäftsbetrieb kein Warenzeichenrecht an denselben erlangen. Nicht verbotene Wappen, insbesondere Familienwappen, sind für die Träger oder, mit oder ohne Zustimmung jener, auch für Dritte als Warenzeichen zulässig. Mangels Zustimmung kann der Wappenträger kraft seines Privatrechts am Wappen dem Dritten den Gebrauch untersagen. Die Eintragung eines Wappens als Warenzeichen wird vom Patentamt ohne Prüfung dieser privatrechtlichen Frage entschieden, und es ist Sache des in seinem Wappenrechte Verletzten, Klage auf Zurücknahme der Anmeldung oder auf Löschung zu erheben. Für Ausstattungen (§ 15 des WarenZG.) gilt das Verbot des § 4 Abs. 1 Ziff. 2 dieses Gesetzes nicht, so daß auch hierdurch verbotene Wappen als Ausstattungen zulässig sind, doch nicht, wenn § 360 Ziff. 7 StrGB. oder § 16 des WarenZG. oder der Wille des Wappenberechtigten entgegenstehen. Über den Kaiserlichen Adler gilt das oben Gesagte. § 16 des WarenZG. stellt lediglich einen strafrechtlichen ziemlich eng begrenzten Tatbestand über den Gebrauch von bestimmten Wappen zu fälschlicher geographischer Herkunftsbezeichnung auf, er entscheidet nicht die Frage, ob und inwieweit Wappen als Herkunftsbezeichnungen angenommen werden dürfen. Diese Frage ist aus allgemeinen Grundsätzen in derselben Weise zu beantworten, wie bezüglich der Ausstattungen. Zum UnlWG. kommen die Wappen bei §§ 1, 4, 8 in Betracht. Bei §§ 1, 4 hinsichtlich Bezugsquellen und Auszeichnungen. Die Wappen müssen hierbei die richtige Bezugsquelle und die verliehene Auszeichnung angeben. Die Erlaubnis zum Gebrauche von Wappen kann als Auszeichnung an Geschäftstreibende verliehen werden und pflegt es in Verbindung mit gewissen Titeln, z. B. dem eines Hoflieferanten. Der hiermit Ausgezeichnete kann das Wappen zur Reklame benutzen. Alle Wappen dürfen an und für sich zur lauteren Reklame gebraucht werden, keine Art ist zur unlauteren gestattet. Zu Geschäfts- und Druckschriftenbezeichnungen (§ 8 des UnlWG.) ist der Gebrauch von öffentlichen wie privaten Wappen nach den allgemeinen Regeln gestattet. Im internationalen Wettbewerbsverkehre nehmen die Wappen, soweit das deutsche Recht anzuwenden ist, keine Sonderstellung ein. Der Ausländer ist gegen unlauteren Wettbewerb durch Wappen im Inlande nach § 16 des UnlWG. oder nach Art. 10b der „Internationalen Union" zu behandeln und der Deutsche in den Unionsländern wie deren Angehörige und in anderen Ländern nach deren Gesetzen oder den Verträgen derselben mit Deutschland; bis jetzt gibt es solche Verträge noch nicht.

Über den Begriff des Wappens entscheiden die Grundsätze der Heraldik, wonach die besondere heraldische Gestaltung maßgebend ist. Wesentlicher Bestandteil ist das Wappenschild.

§ 13. LG. Landsberg, KGBl. **04** 102: Die Todeserklärung einer Person ist unzulässig, wenn diese wegen Ablaufs sehr langer Zeit seit ihrer Geburt nach menschlicher Erfahrung unmöglich noch am Leben sein kann, denn dann besteht über ihr Leben oder ihren Tod keine Ungewißheit mehr und ist sie daher im Sinne der §§ 13 ff. nicht als verschollen anzusehen. — Dies wird auch aus den §§ 961 ff. ZPO. gefolgert. — Zur Feststellung des Todestags aber erscheint die Todeserklärung nicht unumgänglich notwendig. Vgl. auch Lehmann, JDR. **2** zu § 13.

§ 18. 1. Einfluß der Todeserklärung auf die Ehe. (JDR. **2** Ziff. 1.)

a) Das LG. Cöln, Standesa. **1** 172, vertritt den dem KG. — JDR. **2** Ziff. 1b — entgegengesetzten Standpunkt, weil es folgerichtig sei, anzunehmen, daß wenigstens die allgemein im § 18 ausgesprochenen Wirkungen der Todeserklärung auch hinsichtlich des Bestandes der Ehe eintreten (vgl. hierzu auch Standesa. **2** 44).

b) AG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beil. 257 ff. (auch DJZ. **04** 1171 und Bemerkungen von Ritter) wendet sich gegen die Auffassung des KG. hinsichtlich der Auslegung des § 18 im Verhältnisse zu § 1348; durch die Todeserklärung wird die Ehe des Toterklärten auf den im Urteile festgesetzten Todestag aufgelöst (260). Schon die Überschrift des Abschnitts „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung" lehrt, daß es sich in den ihr folgenden Paragraphen nicht um die Wirkung der Todeserklärung auf das Bestehen der Ehe überhaupt, sondern nur um ganz besonders geartete Fälle handelt (259). Bis zur Wiederverheiratung gilt § 18, von der Wiederverheiratung an §§ 1348 ff. Gleicher Ansicht die Schriftsteller, JDR. **2** Ziff. 1c—f.

2. Hedemann, Vermutung — näheren Bericht s. unten sub „Beweislast" — 278: Durch § 18 wird nicht schlechthin vermutet, ein Mensch sei gestorben, sondern, daß er in einem bestimmten Zeitpunkte gestorben sei. Hierin liegt ausgesprochen, daß die Summe aller der Rechtswirkungen vermutet wird, die in dem Augenblicke des Todes hervorzutreten pflegen. Es tritt, wenn auch dieser Ausdruck nicht allgemein üblich, das Totenrecht in dem betreffenden Zeitpunkt ein; mithin liegt eine Rechtsvermutung vor (279).

§ 20. 1. Hedemann, Vermutung 265, schließt sich hinsichtlich der Auslegung der Worte „gemeinsame Gefahr" der von Böckel (JDR. **1** zu § 20) vertretenen Auffassung an. Er bemerkt, daß mit dieser weiteren Auslegung der Voraussetzung zugleich das Anwendungsgebiet der Vermutung gewachsen sei (266) (vgl. auch JDR. **2** zu § 20).

2. Den Fall einer Kollision zwischen § 18 und § 20 will Hedemann a. a. O. 329 ff. in Übereinstimmung mit Böckel in der Weise lösen, daß er § 20 als das spezielle Gesetz vorgehen läßt. Es komme bei § 20 auf den Tag oder die Gleichzeitigkeit des Todes schlechthin überhaupt nicht an, sondern lediglich auf das negative Moment, daß keiner den anderen beerben solle. Sobald der Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit daher wegfalle und wirklich ein bestimmter Zeitpunkt in Frage komme, verschwinde die besondere Regel des § 20, und die übergeordnete Bestimmung des § 18 trete wieder in ihre alten Rechte ein (332).

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Aus der die juristischen Personen betreffenden Literatur des Berichtsjahrs sind neben Leists Untersuchungen, die bereits im Vorjahr erwähnt worden sind (JDR. 2 16), besonders der Abschnitt „juristische Personen" in Kohlers Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes und die interessanten Ausführungen von Schwabe hervorzuheben. Bemerkenswert ist die starke Opposition, die sich neuerdings gegen die Theorie von der realen Existenz der juristischen Person geltend macht. Gegen sie erklären sich Kohler und Schwabe (s. Ziff. 3a und b vor §§ 21, 22); ersterer hält allerdings die juristische Person, obwohl sie nach seiner Meinung als ein einheitliches Wesen in Wirklichkeit nicht existiert, doch für deliktsfähig (s. § 31 Ziff. 1c). — Leists Darlegungen beruhen auf der von der Praxis auf Grund der §§ 32, 40 angenommenen Voraussetzung der Vereinsautonomie. Leist versucht, die den sozialen Frieden störenden und den Bestand des Staates gefährdenden Konsequenzen der Vereinsautonomie nachzuweisen und deren Verwerflichkeit klarzustellen (s. § 32 Ziff. 3).

Die Abgrenzung der beiden Vereinsklassen (§§ 21, 22) voneinander ist in der Literatur ausführlich erörtert worden (s. insbesondere §§ 21, 22 Ziff. 5 a); dagegen sind höchstrichterliche Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung auf diesem Gebiete nicht bekannt geworden. Die wichtige Frage, ob die Eintragung konstitutive Kraft habe, ist vom KG. in verneinendem Sinne entschieden worden (s. §§ 21, 22 Ziff. 6, auch 7 a). Besonders ergiebig war die Rechtsprechung über §§ 31, 89 BGB., Art. 77 EG., namentlich über den Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters" (s. § 31 Ziff. 2, § 89 Ziff. 2) und über den Gegensatz der Haftung aus §§ 31, 89 BGB. einerseits und gemäß Art. 77 EG. andererseits (s. § 89 Ziff. 6). — Nach Hellwig (s. § 54 Ziff. 4) soll das **RG.** JW. 04 178 die aktive Parteifähigkeit der nicht rechtsfähigen Vereine anerkannt haben. Diese Auffassung dürfte aber dem Inhalte der E. kaum entsprechen. — Für das Eintragungsverfahren ist die E. der PrOVG. § 62 Ziff. 2 von Wichtigkeit, nach der die im § 62 Abs. 2 BGB. zugelassene Klage zur Anfechtung des Einspruchs an die im § 20 GwO. vorgeschriebene zweiwöchige Frist nicht gebunden ist.

Literatur: Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Erster Halbband. (Berlin 1904.) — Schwabe, Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit und ihr Verhältnis zur Gesellschaft. (Basel 1904.)

1. Kohler 320 ff.: Eine Person im Sinne des Rechtes, d. h. ein Rechtssubjekt, kann jedes Wesen sein. Die Persönlichkeiten, welche die Rechtsordnung annimmt, sind nicht teils wirkliche, teils fingierte. In dieser Beziehung stehen alle gleich: ein Wesen, das die Rechtsordnung zum Subjekte des Rechtes macht, ist eben eine Person, der Mensch ebenso wie ein Verein oder eine Stiftung (vgl. JDR. **1** vor §§ 21, 22 Ziff. 3). Der Unterschied besteht nur darin, daß der Mensch die Vernünftigkeit in sich trägt, während den anderen die Vernünftigkeit erst durch eine besondere menschliche Veranstaltung zuteil wird (322). Die juristische Person ist nicht ein fingierter Mensch, sondern eine von der Rechtsordnung getroffene wirkliche Person; der Personenbegriff geht über den Menschenbegriff hinaus (326).

2. Schwabe 18 ff.: Aus dem Worte „Persönlichkeit" (einer Gemeinschaft) dürfen keine ernsthaften Konsequenzen gezogen werden. Die Persönlichkeit bezeichnet als Schlagwort nur das allgemeine Wie des vermögensrechtlichen Verkehrs und der Haftung bei sozialen Gebilden und bei der Stiftung (daß man mit ihr in Verkehr treten, sie belangen, sie in Konkurs erklären kann), nicht aber das Was, d. h. das Wesen dieser an sich verschiedenen Gebilde. Vor allem ist es unrichtig, die Persönlichkeit als gleichbedeutend mit dem Begriffe Rechtssubjekt anzusehen. Sie ist nichts anderes als die Eigenschaft, vermöge ein und desselben Titels Rechte und Pflichten zu erwerben und nach besonderen Grundsätzen zu haften. — 83 ff.: Bei der Persönlichkeit handelt es sich um den Inbegriff von Regeln, welche eine besondere Form des Verkehrs und der Haftung ordnen. Sie gehört ebensowenig in das Personenrecht wie die Grundsätze über die Haftung des Prinzipals für die Handlungen der Angestellten. Dagegen enthält der Begriff des Rechtssubjekts direkt das Wesen des Subjekts vom Standpunkte des Rechtes. Vgl. JDR. **1** 18 Ziff. 1 a.

3. a) Kohler 322 ff.: Der Gedanke, daß im Ganzen (der juristischen Person) ein einheitliches Wesen walte (anthropomorphistische Organschaftstheorie) hat als transzendenter Gedanke seine volle Berechtigung, wurzelt aber nicht in der Wirklichkeit; in Wirklichkeit sind es mehrere oder viele Wesen, deren Willen die Rechtsordnung mehr oder minder zum Willen der juristischen Person stempelt. Als Theorie oder Wirklichkeit ist die anthropomorphistische Organschaftstheorie ebenso unrichtig, wie wenn man die Maschine als beseeltes Wesen ansehen wollte. Richtig ist allerdings, daß die juristische Person, ebenso wie die leibliche, nicht im Rechte allein aufgeht, sondern auch anderweitige Kulturaufgaben versieht. Damit ist

aber nicht in Abrede gestellt, daß es gerade die Rechtsordnung ist, welche die Organe der juristischen Person zur Einheit zusammenfügt.

b) Schwabe 69 ff. bestreitet, daß die sogenannte juristische Person eine besondere Klasse von Rechtssubjekten mit eigener Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Willensfähigkeit darstelle, die von derjenigen der einzelnen Mitglieder verschieden sei. Ohne mystische Vorstellung sei die Verschmelzung vieler Subjekte zu einem neuen Subjekte nicht denkbar. Sie könne nur zu falschen Schlüssen Anlaß geben. Praktisch komme man sehr gut damit aus, daß den Vereinen und Stiftungen Persönlichkeit zukomme (s. Ziff. 2). Die juristische Person führt so wenig eine eigene, sei es nur vermögensrechtliche Existenz, als sie ein Gewissen, eine Seele und einen Leib besitzt. Sie existiert überhaupt nicht, weder als Fiktion noch als reale Gesamtperson (77). Nur der Mensch ist Person im Rechtssinne (84). Der Ausdruck Körperschaft kann nur ein Bild sein, das die juristischen Beziehungen unter den Genossen veranschaulicht (85).

4. a) Kohler, 354 ff., behandelt als „stillschweigende" (konstruktive) juristische Personen: das Kind im Mutterleib (Organ: der Pfleger der Leibesfrucht), die Nacherben und Vermächtnisnehmer, die noch nicht erzeugt sind, oder deren Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bekannt wird (Organ: der Nacherbenpfleger, § 1913), das durch öffentliche Sammlung zusammengebrachte Vermögen (Organ: das Sammlungskomitee oder der Pfleger, § 1914), die Erbschaft im Falle der Nachlaßverwaltung (Organ: der Nachlaßverwalter) und die Einsetzung eines Verwaltungstestamentsvollstreckers (Organ: der Testamentsvollstrecker). —

b) Geigel, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Unternehmungen, Puchelts Z. **35** 105 ff., führt aus, daß das Beitragsversprechen nicht notwendig Schenkung sei und daß das Sammelvermögen den Spendern zur gesamten Hand gehöre und daher dem Zugriffe der Gläubiger der Spender entzogen sei.

Über Sammelvermögen vgl. auch JDR. **1** 19 Ziff. 4, § 1914 Ziff. 1 b, c, **2** 16 Vorbem. Ziff. 4, § 54 Ziff. 2, § 1914 Ziff. 1.

5. OLG. **9** 357 ff. (KG.): Die auf Grund des Reglements über die Einrichtung des Sparkassenwesens in Preußen gegründeten kommunalen Sparkassen sind keine selbständigen juristischen Personen. Ihr Vermögen ist Bestandteil des Vermögens der Kommune (vgl. auch OLG. 8 204 [KG.]).

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 21, 22. 1. Schwabe 23: Der Unterschied zwischen Verein und Gesellschaft liegt nicht darin, daß der erste allein die Persönlichkeit besitzt oder gar ein Rechtssubjekt darstellt, und die zweite „bloß" ein Vertragsverhältnis. Bei beiden Gattungen von Personenvereinigungen gibt es Arten, welche die Persönlichkeit regelmäßig besitzen, aber auch solche, die sie nicht haben. Die Persönlichkeit, d. h. die vereinfachte Form des Rechtsverkehrs und die Haftung mit Sondervermögen, ist eine den Personenvereinigungen (Gesellschaften und Verbänden) mit großem Rechtsverkehre gemeinsame Eigenschaft (27). Der Unterschied zwischen Verein und Gesellschaft besteht vielmehr in folgendem (31 ff.): Der Verein ist eine Verbindung aller unter allen (wie die Glieder eines Körpers, daher bei den Römern die regelmäßige Bezeichnung corpus), und zwar in der Weise, daß die Verbindung mit einem Mitgliede notwendig durch die Verbindung mit allen übrigen Mitgliedern bedingt ist. Die Verbindung beruht nicht auf Abschluß von Verträgen, sondern auf statutarischer Feststellung und Annahme einer Verfassung, der sich auch künftige Mitglieder ohne weiteres zu unterwerfen haben. Der Verein

verlangt eine allgemeine verbindliche Norm, an welche alle gleichermaßen gebunden sind. Dagegen beruht die Gesellschaft auf Abschluß eines oder mehrerer Verträge. Der Kontrakt bestimmt den Charakter des Gesellschaftsverhältnisses, das obligatorische Band ist entscheidend. Jeder Gesellschafter ist den anderen gegenüber berechtigt und verpflichtet nach Maßgabe der Verträge, die er mit ihnen abschließt; jeder kann sich auf seinen Kontrakt stützen. Im Verein ist ein Mitglied mit dem anderen verbunden, weil und dadurch, daß es mit allen anderen verbunden ist. Bei mehreren Gesellschaftern ist dies nicht der Fall. Die Persönlichkeit gehört danach nicht zum Wesen des Vereins. Der Verein ohne Persönlichkeit ist doch ein Verein, die Gesellschaft mit Persönlichkeit bleibt eine Gesellschaft. Charakteristisch für den Verein sind Stimm- und Wahlrecht, die Bindung der Minderheit durch Mehrheitsbeschlüsse, das Vorhandensein von Minderheitsrechten und von Organen (Generalversammlung, Vorstand), die Haftung der Organe gegenüber dem Verein und die Regelung des Rechtsverhältnisses der Mitglieder untereinander nach genossenschaftlichen Grundsätzen, nicht nach den Regeln des Gesellschaftsrechts (auch 38). Das Wesen des Vereins liegt in der Verbindung aller unter allen und dem Prinzipe: der Mehrheitsbeschluß bindet die Minderheit (39, 45).

2. OLG. 6 115 (KG.): Für juristische Personen bestehen ebenso wie für natürliche bestimmte vom Rechte anerkannte Existenzbedingungen, deren Aufhebung und Ersetzung durch andere nur durch Schaffung einer neuen juristischen Person erwirkt werden kann. Eine Umwandlung unter Wahrung der Individualität ist nur möglich, soweit sie vom Gesetz ausnahmsweise zugelassen ist. Eine solche Ausnahmevorschrift enthalten z. B. die §§ 332—334 HGB., §§ 143—145 GenG. Die Umwandlung einer Gegenseitigkeitsversicherungs- in eine Aktiengesellschaft kann nur durch Auflösung der ersteren und Neu-Errichtung der letzteren erfolgen (vgl. hierzu IDR. 1 §§ 21, 22 Ziff. 5 b).

3. Kohler 346 ff.: Gründung ist eine einseitige rechtsgeschäftliche Tätigkeit einer leiblichen oder juristischen Person, worin sie erklärt, daß eine individuell bezeichnete juristische Person entstehen soll. Wenn sich mehrere erklären, so ist dies keine Vertragserklärung, da die beiden Teile sich nicht als Antragender und Annehmender gegenüberstehen. Die Erklärungen sind nicht entgegenkommende, sondern Parallelerklärungen in bezug auf ein und denselben Punkt (vgl. IDR. 2 Ziff. 1 a).

4. Schwabe 17: Das Normativsystem beruht auf rein zivilistischen Erwägungen; es soll nicht der polizeilichen und öffentlichen Kontrolle, sondern in erster Linie der Sicherheit des privatrechtlichen Verkehrs dienen. Indem das Normativsystem den Eintrag verlangt und die Voraussetzungen dazu bestimmt, formt es denjenigen Rechtsakt, durch dessen Vornahme die Personenvereinigung die Fähigkeit erlangt und erhält, auf einem einfachen und direkten Wege mit Dritten zu verkehren und mit einem gemeinsamen Vermögen zu haften.

5. IDR. 1 §§ 21, 22 Ziff. 2, 2 §§ 21, 22 Ziff. 2.

a) Oppenheimer, Die beiden Vereinsklassen des BGB. (§§ 21, 22), Iherings J. 47 99 ff., stellt auf Grund der Geschichte der Vereinsgesetzgebung in Preußen, im Deutschen Reiche und in Bayern als das trennende Merkmal der beiden Vereinskategorien den Zweck eines Geschäftsbetriebs fest (Betrieb eines Geschäfts, nicht einzelner Geschäfte). Das Epitheton „wirtschaftlich" diene nur dazu, den Sinn von „Geschäftsbetrieb" anschaulicher zu machen, vielleicht auch, um eine weitere, von Umfang und Art des Geschäftsbetriebs absehende Umgrenzung der vom § 22 betroffenen Vereine herzustellen (113, 161, 164 ff.). In den verschiedenen Gesetzentwürfen, dem bayrischen Gesetz und in den Materialien trete eine systematische Scheidung der Vereine in eine allgemein

zivilrechtliche und eine handelsrechtliche Gruppe zutage (115 ff.), der Geschäftsbetrieb sei das charakteristische Merkmal der handelsrechtlichen Vereinigungen gegenüber den allgemein zivilrechtlichen, er bilde auch die Grenzlinie zwischen den beiden Vereinsklassen des BGB. (125 ff.). Der „Geschäftsbetrieb" bestehe darin, daß Personen durch ständigen Abschluß von Rechtsgeschäften sich am wirtschaftlichen Leben betätigen (118 ff.). Wie das objektive Kriterium ergebe sich auch das subjektive — die Absicht der Vereinsmitglieder, materielle Vorteile auf Grund ihrer Mitgliedschaft zu erlangen — aus der systematischen Stellung der beiden Vereinsklassen (133 ff.), aus den Materialien (139 ff.) und aus dem Wortlaute des BGB. (169 ff.). Oppenheimer gelangt danach zu dem Ergebnisse, daß einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb diejenigen Vereine bezwecken, welche zu dem Endziele der direkten materiellen Förderung ihrer Mitglieder berufsmäßig am wirtschaftlichen Verkehre teilnehmen, d. h. mit Dritten — selbständigen Wirtschaftssubjekten — Rechte und Verbindlichkeiten erzeugende Rechtsgeschäfte abschließen, auf Grund deren ein entgeltlicher Übergang von Verkehrsgütern in das Vereinsvermögen erfolgt oder erfolgen soll (180). — Von den hieraus im einzelnen gezogenen Folgerungen ist hervorzuheben, daß bei Vereinen mit „innerem Geschäftsbetriebe" — deren Lebensbetätigung nicht im Kontrahieren mit Dritten besteht — (insbesondere bei Gegenseitigkeitsvereinen) ein Geschäftsbetrieb im Sinne des BGB. nicht vorliege (153 ff.), daß bestimmte Einrichtungen für den Begriff des Geschäftsbetriebs nicht erforderlich oder gar wesentlich seien (vgl. Goldmann-Lilienthal I 56 ff., LG. Essen, ZBlFrG. **1** 440 ff.) (184) und daß kein Geschäftsbetrieb bei unmittelbarem Vorteile der Mitglieder, also ohne Vermittelung des Vereins, vorliege (gegen Samter, DJZ. **00** 311) (171 ff.). — Den Verein „Kreditreform" und die „Haus- und Grundbesitzervereine" hält Oppenheimer danach für eintragungsfähig (186 ff.) (vgl. JDR. **1** §§ 21, 22 Ziff. 4, C und D).

b) Kohler 381: Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist ein solcher, der auf einen Abschluß von Ausgaben und Einnahmen hinsteuert, so daß beide in ein möglichstes Gleichgewicht zu bringen sind; der wirtschaftliche Abschluß muß einen Kreislauf von Ausgaben und Einnahmen beschreiben, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß möglicherweise, wenn beides nicht im Gleichgewichte steht, zugeschossen werden muß. Das Gegenteil von Wirtschaft liegt vor, wenn der Verein nur Ausgaben macht, die dann durch Beiträge der Mitglieder aufzubringen sind.

c) *Rundstein, Das Recht der Kartelle: Zu den wirtschaftlichen Vereinen gehören die Kartellorganisationen. Insoweit sie sich der in handelsrechtlicher Form organisierten Verkaufsstellen (Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung) bedienen, ist das Verhältnis der Verkaufsstelle zu dem Vereine (Kartellvereine) als ein Organverhältnis zu fassen (26 ff.). Besonders zu erwähnen sind die Fälle, in denen die Verkaufsstelle mit keiner Verbandsorganisation der Kartellteilnehmer verbunden ist: wir haben dann mit einer Handelsgesellschaft zu tun; die Kartellverpflichtungen werden entweder auf Grund der Statuten (laut § 212 Abs. 1 HGB. bzw. § 3 Abs. 2 GmbHG.) oder durch ein System der separaten Lieferungsverträge begründet (30).

d) *Kluckhuhn, Das Recht der Wirtschaftswege und sonstigen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke sowie das Gesetz vom 2. 6. 87: Die Realgemeinden, insbesondere die in jeder Dorf- und Stadtmark bestehenden Realgemeinden, welchen die landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke (s. o. Ziff. 1 zu § 96 BGB.) gemeinsam gehören, fallen, weil auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichtet, nicht unter § 21. Auch würden die Bestimmungen des BGB. über die in das Vereinsregister einzutragenden Vereine — besonders die über den

beliebigen Wechsel der Mitglieder, über die Auflösung und Liquidation der Vereine — unanwendbar sein auf die für immer und aus einem fest geschlossenen Kreise von Grundbesitzern bestehenden Realgemeinden (139). Wegen der rechtlichen Stellung der Realgemeinden unter dem heutigen Rechte s. ZPO. § 50.

6. KGJ. **28** A 66.

a) Ein Verein, dem ein wesentliches Erfordernis, insbesondere die Eintragungsfähigkeit nach § 21 mangelt, erlangt durch die Eintragung in das Vereinsregister keine Rechtsfähigkeit. Ebenso Planck (3) Vorbem. 1 vor § 21, Anm. 6 zu § 21. Dagegen Kohler 383 ff., Eccius, Gruchots Beitr. **48** 140 ff. Vgl. JDR. **1** 23 Ziff. 5, **2** 17 Ziff. 3.

b) In bezug auf § 22 hat sich Planck (3) Anm. 6 zu § 21 jetzt der Ansicht angeschlossen, daß die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit konstitutive Kraft habe und daß eine Prüfung des Vorhandenseins ihrer Voraussetzung durch die Gerichte nicht zulässig sei. Ebenso Kohler 383.

7. (EG. Art. 84.) OLG. **8** 164 ff. (KG.), KGJ. **27** A 75:

a) Eine Religionsgesellschaft oder eine geistliche Gesellschaft kann in Preußen nach Art. 13 der Verfassung Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen, nicht durch Eintragung ins Vereinsregister. Ihre Eintragung ist deshalb wirkungslos und daher unzulässig. Ist sie trotzdem erfolgt, so kann das Registergericht die Eintragung von Amts wegen löschen (FGG. §§ 142, 159).

b) Der Begriff der geistlichen Gesellschaft im Sinne des Art. 84 EG., Art. 13 der PrVerf. ergibt sich aus den §§ 10—12 II. 11 ALR. Unter Religionsgesellschaften und geistlichen Gesellschaften sind nicht nur die einzelnen Bekenntnisgemeinschaften als solche (Katholiken, Protestanten, Juden usw.) beziehungsweise nur die Orden selbst, sondern auch die örtlichen kirchlichen Vereinigungen, die örtlichen Gemeinden und die einzelnen Niederlassungen zu verstehen. Demgemäß wurde die Eintragung eines Vereins der Schwestern der ewigen Anbetung (Benediktinerinnen) für unzulässig erklärt, weil er eine geistliche Gesellschaft darstelle.

c) OLG. **9** 371 ff. (KG.): Die Begründung einer Religions- oder geistlichen Gesellschaft in einer Rechtsform, die nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft nach sich ziehen würde, ist durch Art. 84 EG., Art. 13 der PrVerf. ausgeschlossen. Wird eine geistliche Gesellschaft durch einen anderen Akt als einen solchen der Gesetzgebung errichtet, so ist die Errichtung nichtig. Deshalb durfte eine in das Handelsregister eingetragene G. m. b. H. „Kloster der Benediktinerinnen zu X." mit Recht von Amts wegen gelöscht werden.

8. Gesellschaften m. b. H. sind Vereine im Sinne des BGB. OLG. **9** 371. Vgl. JDR. **1** 20 Vorbem. Ziff. 7, §§ 21, 22 Ziff. 6d, § 29.

9. Über Verbindungen von Vereinen siehe Kohler 405 ff. (JDR. **1** § 56 Ziff. 2).

10. KGJ. **27** B 4 ff.: Auch Vereine, denen der für eine milde Stiftung charakteristische Zweck eigen ist, sind „milde Stiftungen" im Sinne des § 8 Nr. 2 des preuß. GKG.

11. **RG.** JW. **04** 540 Nr. 8: Ein eingetragener Verein zur Förderung gewerblicher Interessen ist zur Geltendmachung der Rechte seiner Mitglieder aus § 826 BGB. aktiv nicht legitimiert. Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 des UnlWG. darf auf andere Gestaltungen des unlauteren Wettbewerbes als die im § 1 des Gesetzes bezeichneten nicht angewandt werden.

§ 23. (EG. Art. 10.)

1. **RG.** JW. **04** 231 (1): Eine Gesellschaft, die zwar im Auslande gegründet und inkorporiert ist und dort ihren nominellen Sitz hat, deren Ver-

waltungssitz aber an einem deutschen Orte ist, wo ihre ordentlichen und außerordentlichen Generalversammlungen abgehalten werden, und an dem auch das Organ der Gesellschaft, der Verwaltungsrat, seinen Sitz hat, der nur aus Personen besteht, die an diesem Orte domizilieren, eine solche Gesellschaft ist nach deutschem Rechte zu beurteilen. Da im fraglichen Falle weder eine Haupt- oder Zweigniederlassung der betreffenden Gesellschaft eingetragen war, sie sich auch als eine offene Handelsgesellschaft nicht darstellte, endlich ihr die Rechtsfähigkeit nach § 22 nicht verliehen war, konnte sie nur als ein nicht rechtsfähiger Verein beurteilt werden.

2. OLG. 8 13 (Hamburg): Handelsrechtliche Gesellschaften fallen nicht unter die §§ 21, 22. Ihre Rechtsfähigkeit ist deshalb ausschließlich nach dem Rechte am Orte ihres Sitzes zu beurteilen. EG. Art. 10 bezieht sich auf sie nicht. Vgl. auch OLG. 9 29 ff. (Hamburg).

§ 25. (EG. Artt. 82, 86.) OLG. **6** 116 (KG.):

1. Zu den die Verfassung ordnenden Vorschriften gehört die des § 83 II. 6 ALR., wonach Korporationen ohne besondere Einwilligung der ihnen vorgesetzten Behörde unbewegliche Sachen weder an sich bringen noch veräußern oder verpfänden können. Diese Bestimmung hat nur hinsichtlich des Erwerbes von Grundstücken auf Grund des EG. Art. 86 durch Art. 7 des AG. eine Änderung erfahren, ist dagegen im übrigen unberührt geblieben.

2. OLG. 8 103 ff. (KG.): Der Art. 86 EG. bezieht sich auf alle juristische Personen ohne Ausnahme, also auch auf kirchliche Korporationen. In Preußen sind auf Grund des Art. 86 durch Art. 7 § 1 des AG. die Erwerbsbeschränkungen aller juristischen Personen hinsichtlich des Erfordernisses der staatlichen Genehmigung neu geregelt und weitergehende Beschränkungen (z. B. Art. 24 Ziff. 1 des Gesetzes vom 3. 6. 76 betreffend die evangelische Kirchenverfassung) in dieser Hinsicht aufgehoben.

3. OLG. 8 102 (KG.): Art. 7 § 1 des PrAG. zum BGB. ist auch anwendbar auf Bergwerksgesellschaften, die nicht Gewerkschaften sind. — Ebenso auf die nach §§ 128 ff. der LandgemeindeO. vom 3. 7. 91 gebildeten Zweckverbände, denen die Rechte öffentlicher Körperschaften verliehen sind. OLG. 8 168 (KG.).

4. OLG. 9 25 ff. (KG.): Der Genehmigung der Aufsichtsbehörde beim Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als 5000 M. bedürfen in Preußen auch die Knappschaftsverbände.

§ 26. Vgl. IDR. **1** § 26 Ziff. 3 a, **2** § 26 Ziff. 3.

1. *Metzges, ZBlFrG. 2 881, Zum Begriffe „Vereinsvorstand": Die Frage, wer nach der Satzung als Vereinsvorstand im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, insbesondere ob in dem Falle, daß nach der Satzung von den mehreren Vorstandsmitgliedern nur der Vorsitzende oder sein Vertreter für den Verein bindende Erklärungen abgeben könne, nur der Vorsitzende bzw. sein Vertreter den Vorstand bildet, oder ob es sich hier um einen mehrgliedrigen Vorstand handelt, ist Auslegungsfrage. Ein mehrgliedriger Vorstand ist nur dann anzunehmen, wenn nach der Satzung die Willensäußerung des Vorstandes für Dritte auf einer Beschlußfassung beruhen muß (§ 28 Abs. 1 und § 40 BGB.). Der § 28 Abs. 1 behandelt nämlich, wie seine Entstehungsgeschichte ergibt und eine Gegenüberstellung des Abs. 2 dartut, die Frage nach der Willenserklärung von seiten des mehrgliedrigen Vorstandes. Wenn nach der Satzung für Dritte keine Beschlußfassung in Frage kommt — § 40 gestattet für einen mehrgliedrigen Vorstand nur eine abweichende Regelung der Beschlußfassung, nicht aber die Beseitigung einer solchen —, so ist auch kein mehrgliedriger Vorstand vorhanden.

2. *Broicher, Die Rechtsstellung des mehrgliedrigen Vereinsvorstandes eines rechtsfähigen Vereins nach BGB., AbürgR. **24** 192 ff.: Der Vorstand

eines rechtsfähigen Vereins hat im BGB. nach innen weder die Stellung eines Beauftragten noch Dienstverpflichteten noch Gesellschafters, er steht vielmehr in einem Rechtsverhältnis eigener Art zu dem Vereine, was jedoch nicht ausschließt, daß seine Rechtsstellung der eines Beauftragten oder Dienstverpflichteten analog zu beurteilen ist, je nachdem der Vorstand keine Vergütung bezieht oder Entgelt erhält. Nach außen ist der Vorstand im BGB. Vertreter, kein Organ des Vereins. Während nach innen die Willensbildung eines mehrgliedrigen Vereinsvorstandes durch Mehrheitsbeschluß erfolgt, ist nach außen zur Abgabe von Willenserklärungen für den Verein eine Mitwirkung sämtlicher Vorstandsmitglieder selbst dann erforderlich, wenn die Vereinssatzung eine abweichende Bestimmung enthält. Durch Bevollmächtigung, welche von sämtlichen Vorstandsmitgliedern auszugehen hat, ist es aber möglich, ein Vorstandsmitglied oder eine bestimmte Gruppe von Vorstandsmitgliedern zu berechtigen, Willenserklärungen mit Wirkung für den Verein abzugeben. Das BGB. regelt die Vertretung eines rechtsfähigen Vereins durch einen mehrgliedrigen Vereinsvorstand nicht in den §§ 28 Abs. 1, 32, 34, sondern lediglich im § 26 Abs. 1. Es gilt daher nach außen Kollektivprinzip, nicht Majoritätsprinzip.

3. Nach Kohler 333 sind die Organe einer juristischen Person nicht Vertreter. Das Organschaftsrecht, d. h. das Recht, als Organ einer juristischen Person in verfassungsmäßiger Weise zu wirken, ist ein Personenrecht. Dem Organe können seine Funktionen durch kein übergeordnetes Organ entzogen werden, soweit nicht das untergeordnete Organ ein abhängiges Organ ist und die Abhängigkeit in satzungsgemäßer Weise geltend gemacht wird (338 ff., siehe auch 374 ff.).

§ 27. OLG. **6** 346 (KG.): Das Widerrufsrecht (§ 27 Abs. 2) steht, soweit nicht etwa die Satzung entgegensteht, der Mitgliederversammlung als dem obersten Vereinsorgane zu.

§ 28. OLG. Stuttgart, R. **04** 527 (2198): § 28 Abs. 2 findet auf die Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft keine Anwendung.

§ 29. 1. OLG. **6** 345 (KG.): Die allgemeinen Angelegenheiten eines rechtsfähigen Vereins werden vom Vereine selbst durch seine verfassungsmäßigen Organe wahrgenommen (vgl. § 32). Zu diesen allgemeinen Angelegenheiten gehört die Abwehr der Aufzwingung von Vereinsorganen durch das Gericht. Ein Beschwerderecht der einzelnen Mitglieder hat neben demjenigen des Vereins keinen Raum (vgl. IDR. 2 § 48).

2. OLG. Braunschweig, R. **04** 103 (420): Auf Gesellschaften und nicht rechtsfähige Vereine ist § 29 nicht analog anzuwenden. Die Rechtshandlungen der bestellten Vorstandsmitglieder sind nichtig.

§ 30. OLG. 8 14 (Hamburg): Nach § 30 können auch einzelne Mitglieder des Vorstandes für bestimmte Geschäfte zur Vertretung des Vereins für sich allein ermächtigt werden.

§ 31. S. auch zu § 89 Ziff. 2, 3.

1. (Vgl. IDR. **1** § 31 Ziff. 2, **2** § 31 Ziff. 1.) Deliktsfähigkeit der juristischen Person.

a) Kleinfeller, KrVSchr. **45** 595 ff., polemisiert gegen Hafter (vgl. IDR. **2** 16 ff. Ziff. 3) und kommt zu dem Ergebnisse: Die Feststellung, daß der Verband kein mit Vernunft begabter Organismus ist, läßt von vornherein eine Erörterung über die Willensfreiheit des Verbandes und über die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht des Verbandes als widersinnig erscheinen (604).

b) Schwabe 81: Gänzlich unzutreffend ist es, wenn man aus der zivilrechtlichen Haftung des Vereins aus Delikten ihrer Organe die weitere Folgerung ziehen will, daß der Verein auch eine eigene Deliktsfähigkeit besitzt.

c) Nach Kohler 329 ist die juristische Person nicht nur geschäftsfähig, sondern auch deliktsfähig; denn, wenn ihr im Wollen und Handeln die Vernünftigkeit der Organe zugute komme, so müsse sie ihr auch zukommen, wenn die Organe innerhalb dieses Kreises, in dem sie für die Person wollen und handeln, ein Unrecht beschließen und ausführen. Bestraft könne aber die juristische Person nicht werden (330).

d) OLG. 8 16 (Hamburg): Ein rechtsfähiger Verein kann durch seine mit Vertretungsmacht ausgestatteten Organe gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen und sich hierdurch dem Verletzten zivilrechtlich verantwortlich machen, obgleich er als nur fingiertes Rechtssubjekt nicht deliktsfähig, nicht Täter einer strafbaren Handlung sein kann.

2. Verfassungsmäßig berufene Vertreter (vgl. IDR **1** § 31 Ziff. 3a b, **2** Ziff. 4).

a) Kohler 335: Organmäßige Personen im Sinne des § 31 sind nicht nur solche, die eine gewisse Zentralstellung haben. Vielmehr ist ein jeder Organ, der die juristische Persönlichkeit hinter sich hat und unter ihrem unmittelbaren Schutze tätig ist. Bei öffentlichen juristischen Personen ist jeder Beamte als Organ anzusehen, der den Schutz des § 113 StrGB. genießt.

b) **RG.** IW. **04** 548 Nr. 1: Die Eigenschaft eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters (§ 31) kann vermöge der Satzung oder der organisatorischen Verwaltungsbestimmungen außer dem Vorstande — dem Zentralorgan, der obersten Verwaltungsbehörde — auch anderen Personen zukommen, die zwar nicht zur Leitung der Korporation und zur generellen Vertretung des Vermögens berufen sind, denen aber eine mehr oder weniger umfangreiche Vertretungsmacht auf einem größeren sachlichen oder örtlichen Geschäftsgebiet übertragen ist.

c) KG., R. **04** 628 (2867): Juristische Personen haften für die zum Schadensersatze verpflichtenden Handlungen auch solcher Personen, die, ohne ihre „gesetzlichen Vertreter" im eigentlichen Sinne zu sein, verfassungsmäßig berufen sind, in beschränktem Umfang als Willensorgane der juristischen Person zu fungieren. Dergleichen Personen sind als „verfassungsmäßig berufene Vertreter" der juristischen Person anzusehen.

3. „In Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen" (vgl. IDR. **1** § 31 Ziff. 3d, 5; **2** Ziff. 6).

a) **RG.** **57** 93 ff., IW. **04** 167 (5):

1. Der Begriff der Verrichtung umfaßt nicht nur die Handlungen, die in Ausübung der Vertretungsmacht vorgenommen sind, sondern auch die den Vorstandsmitgliedern als solchen obliegenden rein tatsächlichen Verrichtungen.

2. Wenn bei Kollektivvertretungen auch der Abschluß eines Rechtsgeschäfts nur durch alle Vertreter erfolgen kann, so werden doch die Vorverhandlungen regelmäßig zu den Verrichtungen eines Geschäftsführers gehören. Wegen eines nur von diesem dabei verübten Betrugs ist dann die juristische Person nach § 31 verantwortlich.

3. a) § 31 findet auch auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung Anwendung (vgl. Planck Anm. 3 zu § 31 BGB., Goldmann-Lilienthal I 80[27], 81[53]).

b) In OLG 8 14 (Hamburg) ist ein Verein nach § 31 für verantwortlich erklärt für einen vom Vereinsvorsitzenden im Vereinsblatte veröffentlichten Artikel, der einen Verstoß gegen § 826 enthielt.

c) **RG.** IW. **04** 5 (2): Für ein Verschulden bei der Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit haftet der Verein nach § 278. Es

bedarf deshalb nicht der Erörterung der Frage, ob der Vorwurf der Vernachlässigung einer Pflicht gegen einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter begründet ist.

4. **RG.** R. **04** 16 (1): Ein Verein kann die Haftung gemäß § 31 durch die Satzung nicht einseitig ausschließen, wohl aber durch Vertrag sowohl gegenüber seinen Mitgliedern wie Dritten gegenüber (vgl. JDR. **1** § 31 Ziff. 6).

§ 32. 1. Einen Nachtrag zu seiner Abhandlung über „Abstimmung und Ausschlag" (vgl. JDR. **2** § 32) bringt Tecklenburg im AbürgR. **25** 255 ff.

2. *Best, Ist die Mitgliederversammlung notwendiges Vereinsorgan? R. **04** 467: Die Frage, ob die Mitgliederversammlung ein notwendiges Vereinsorgan ist, ist bestritten. Dernburg, Endemann, Fischer-Henle und Goldmann-Lilienthal stützen ihre Ansicht, daß dies nicht der Fall sei, wesentlich darauf, daß nach den §§ 32, 40 BGB. die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung völlig beseitigt werden könne. Dies erscheint nicht zutreffend. Denn wenn auch, entgegen der von anderen Schriftstellern vertretenen Ansicht, die Bestellung und Absetzung des Vorstandes, die Änderung der Satzung sowie die im § 32 BGB. behandelte Ordnung der Angelegenheiten des Vereins der Mitgliederversammlung entzogen werden kann, so sind doch einzelne ihr vom BGB. verliehene Befugnisse dem Eingriffe der Satzung entrückt. Die eine ist das ihr nach dem § 41 zustehende Recht, den Verein aufzulösen. Der Behauptung von Staudinger, daß auch dieses Recht ihr entzogen werden könne, ist mit Rehbein und Cosack nicht beizutreten. Vielmehr geht aus dem Wortlaute des Gesetzes in Verbindung mit dem § 292 HGB. (vgl. Prot. I 535 und D. z. BGB. 11) hervor, daß der Satzung nur eine Änderung des Stimmverhältnisses vorbehalten ist. Eine zweite unentziehbare Befugnis ist der Mitgliederversammlung im § 45 Abs. 2 Satz 2 BGB. vorbehalten; danach kann sie bei Vereinen mit idealer Tendenz das Vermögen des aufgelösten Vereins einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen. Auf Grund dieser Bestimmungen in Verbindung mit den §§ 36, 37 sowie weiter auf Grund von §§ 58 und 60 BGB., wonach ein Verein nur eingetragen werden darf, wenn seine Satzung gewisse Vorschriften über die Mitgliederversammlung enthält, erscheint die völlige Beseitigung der Mitgliederversammlung nicht zulässig. Dieses Ergebnis ist aber gesetzgeberisch insofern unbefriedigend, als einem Organe von der Bedeutung der Mitgliederversammlung entweder eine angemessene Machtfülle gewährleistet oder seine völlige Beseitigung gestattet sein muß. Nach dem ersten E. des BGB. war letzteres der Fall. Daß man dies durch einige bei der zweiten Lesung aufgenommene Zusätze grundsätzlich änderte, war man sich, wie aus der Beibehaltung anderer Bestimmungen hervorgeht, offenbar nicht bewußt. Nur so läßt sich die mißständige Regelung erklären. — Vgl. JDR. **1** § 32 Ziff. 1 und Kohler 360, 378 ff.

3. Gegen **RG. 49** 155 (durch § 32 in Verbindung mit § 40 werde die Vereinsautonomie anerkannt) *Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht (vgl. JDR. **2** 16). Diese Schrift enwickelt, indem sie der Auslegung des Vereinsprivatrechts die Vereinsautonomie zugrunde legt, mit Hilfe von Nachweisungen aus dem modernen Vereinsleben, daß eine auf diesem Wege fortschreitende Praxis zu sozialer Zerklüftung und zur Entkräftung des Staates führt.

4. Kohler 380: Andere Organe (§ 32 Abs. 1 Satz 1) können sein: ein Aufsichtsrat, besondere Vorstandsmitglieder für einzelne bestimmte Tätigkeiten, ein Syndikus, der die Rechtssachen besorgt und die Prozesse führt, ein eigner Kassierer, Korrespondent, Verwalter für die Vereinsgrundstücke. Es muß sich aber um verfassungsmäßige Bestellung, nicht um Anstellung kraft Dienstvertrags handeln.

§ 35. Kohler 396 ff. behandelt als Sonderrechte: 1. das Recht der Mitgliedschaft als solches und zwar im Zweifel als Mitgliedschaft in dem Stande der Gleichheit. Er erklärt z. B. eine Satzungsänderung für unzulässig, nach der die Mitglieder mehr Beiträge als bisher leisten (vgl. dagegen JDR. **1** § 35, **2** § 35 Ziff. 1, 3); 2. alle Vorrechte und 3. alle Fälle, in denen die Rechte der Mitglieder ungleich sind, auch wenn sie sich nicht als Vorrechte und Nichtvorrechte kennzeichnen.

§ 38. Kohler 368 ff.: Der nachträgliche Eintritt in einen schon bestehenden Verein kann nur durch Rechtsgeschäft erfolgen. Es kann z. B. nicht bestimmt werden, daß jede Person, die auf der Straße geht, oder die in ein bestimmtes Verhältnis gerät, ohne weiteres von selber Mitglied wird. Das Eintrittsrechtsgeschäft kann einseitig oder zweiseitig sein (bloße Anmeldung, Lösung einer Karte zu einer Aufführung oder Annahme durch Vorstand, Ballotierung usw.). Aber auch das zweiseitige Eintrittsgeschäft ist nicht Vertrag. Die Eintrittserklärung ist nicht ein Antrag, welcher angenommen wird; nicht der Antrag, sondern das Mitglied wird angenommen.

§ 39. Nach Kohler 371 folgt aus § 39 Abs. 2, daß im Falle des Austritts eines Mitglieds sämtliche etwa trotz des Austritts fortlaufenden Pflichten spätestens 2 Jahre nach Austritt aus dem Verein erlöschen.

§ 43. S. zu § 61.

§ 45. a) Kohler 402 schließt sich der Ansicht an, daß der Anfallberechtigte nur einen obligatorischen Anspruch auf das ihm auszufolgende Nettovermögen bekommt, wie es sich bei der Liquidation herausstellt.

b) OLG. **6** 115 ff. (KG.): Der Übergang des Vermögens eines aufgelösten rechtsfähigen Vereins auf die Anfallberechtigten vollzieht sich nicht wie beim Erbfall unmittelbar im Wege der Gesamtnachfolge, vielmehr erlangen die Anfallberechtigten nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verein auf Aushändigung des Vereinsvermögens (vgl. auch OLG. **5** 378 [KG.]). Vgl. JDR. **1** § 47, **2** § 45 Ziff. 1.

§ 48. OLG. **7** 151 ff. (KG.): Durch Anordnung einer Kollektivvertretung muß die Vertretung durch einen Liquidator jedenfalls dann als ausgeschlossen und unzulässig gelten, wenn eine anderweite Regelung der Vertretung alsbald möglich und vom Gesetze vorgesehen ist (vgl. z. B. BGB. § 48 Abs. 1, § 29; Ges. v. 20. 4. 92 §§ 66, 69, 46). Danach kann ein Kollektivliquidator eine Gesellschaftsschuld gegen den anderen nicht einklagen.

§ 54. 1. a) Schwabe 30: Auch der unansehnlichste Verein ist nach den gleichen Prinzipien gebaut wie der Aktienverein oder der mächtige Staat. Auch ohne Persönlichkeit bleibt der Verein ein Verein und fällt unter den gleichen Begriff wie die großen Korporationen und Personenverbände (vgl. JDR. **1** § 54 Ziff. 1). Der Verein ist ein Verein auch ohne Persönlichkeit, die Gesellschaft bleibt eine Gesellschaft auch mit Persönlichkeit (36). Der Verein ist ein selbständiges Gebilde, die Persönlichkeit eine bloße Eigenschaft, die nicht zum Wesen des Vereins gehört (37). Siehe vor §§ 21, 22 Ziff. 2.

b) Dagegen ist Kohler 407 der Meinung, daß Vereine, welche keine Rechtsfähigkeit erlangt haben, an sich Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes sind.

2. Gegen Autonomie von Vereinen ohne Rechtsfähigkeit *Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht 201 (vgl. 39, 96, 125, 136, 159).

3. Kohler 409 betrachtet letztwillige Zuwendungen an die nicht rechtsfähigen Vereine als Zuwendungen an die Gesellschafter und zwar so, daß die Zuwendungen in das Gesellschaftsvermögen fallen (vgl. JDR. **1** § 54 Ziff. 5). Er spricht sich ferner für die Beschränkbarkeit der Schuldenhaftung aus (JDR. **1** § 54 Ziff. 7).

4. Hellwig, R. **04** 207, findet die aktive Parteifähigkeit der nichtrechtsfähigen Vereine vom RG. in der Entsch. vom 19. 2. 04, JW. **04** 178 (23), anerkannt. Zwar sei dort zunächst gesagt, daß den korporativ organisierten Vereinen die aktive Parteifähigkeit fehle und daß die sämtlichen Vereinsmitglieder als Streitgenossen zusammenwirken müssen. Kläger seien sämtliche Mitglieder des Vereins. Der Vorstand könne auf Grund einer entsprechenden Bestimmung der Satzungen, nach der er den Verein in allen von ihm und gegen ihn anzustellenden Rechtsstreitigkeiten vertrete, in der Klägerrolle nur die Stellung eines gewöhnlichen Prozeßbevollmächtigten haben. Wenn der Vorstand im Namen der Mitglieder des Vereins Klage erheben könne, so bedeute dies aber nichts anderes, als daß der Verein klage. Dies werde ganz zweifellos dadurch, daß das RG. „von der Macht zur gerichtlichen Vertretung der jeweiligen Vereinsmitglieder" spreche und diese Macht auf Grund der statutarischen Bestimmungen anerkenne (vgl. auch Seuffert Anm. 3 zu § 50 ZPO. und JDR. **1** § 54 Ziff. 8a und zu ZPO. § 50 A., E. Ziff. 4, 5).

5. OLG. Frankfurt, R. **04** 527 (2199): § 54 Satz 2 findet auch auf vor dem 1. 1. 00 begründete nicht rechtsfähige Vereine Anwendung, wenn das Geschäft nach dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen ist. Handelnder im Sinne des § 54 Satz 2 ist auch der, in dessen Einverständnis oder mit dessen Genehmigung das Geschäft eingegangen ist. Der Handelnde haftet auch für die Kosten der Vorausklage gegen den Verein.

6. *Kluckhuhn (vgl. zu §§ 21, 22 Ziff. 5 d): Auf die inneren Angelegenheiten der Realgemeinden hat die Vorschrift des § 54 keine Anwendung, weil jene durch den Vorbehalt des Art. 164 EG. gedeckt sind. Dagegen für die Stellung nach außen ist sie auch bei den Realgemeinden zwingendes Recht.

2. Eingetragene Vereine.

§ 60. 1. a) *Drabert, Die weitere Beschwerde in Vereinssachen, DJZ. **04** 586 ff.:

Über weitere Beschwerden, welche die Ablehnung 1. der Anmeldung eines Vereins, 2. der Änderung einer Satzung eines bereits eingetragenen Vereins zur Eintragung in das Vereinsregister betreffen, entscheidet für Preußen trotz des entgegenstehenden Wortlauts der §§ 60 Abs. 2, 71 Abs. 2 auf Grund der §§ 28 Abs. 1, 199 Abs. 1 FGG. und des Art. 8 PrFGG. ausschließlich das Kammergericht als oberstes Landesgericht, also nicht nach ZPO. das dem Beschwerdegericht übergeordnete Oberlandesgericht.

Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde richtet sich nicht nach § 568 Abs. 2 ZPO., sondern nach § 27 FGG. Es bedarf also keines neuen selbständigen Beschwerdegrundes, vielmehr ist erforderlich, daß die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

Das BGB. wollte im § 60 nur festlegen, daß behufs alsbaldigen Abschlusses des Verfahrens die Beschwerde eine sofortige sein sollte, im übrigen aber, also auch nach Zuständigkeit und Zulässigkeit, die Regelung des Rechtsmittels dem damals schon in Aussicht genommenen Gesetz über die nicht streitige Rechtspflege vorbehalten. Die Reichs- und Landesgesetze über die FG. aber wollten dadurch, daß sie die Zuständigkeit des Reichsgerichts und des obersten Landesgerichts in allen Angelegenheiten der FG. begründeten, eine einheitliche Rechtsprechung gewährleisten. Dieser Zweck wird nur erreicht, wenn Zuständigkeit des Gerichts und Zulässigkeit der weiteren Beschwerde nach FGG. beurteilt werden. Wollte man für die Zulässigkeit einen neuen selbständigen Beschwerdegrund verlangen, also zwei inhaltlich entgegenstehende Entscheidungen der Vorinstanzen, so würde in den beiden wichtigsten Vereinsangelegenheiten die weitere

Beschwerde in der Regel unzulässig sein und das Landgericht in letzter Instanz entscheiden.

Das Kammergericht hat seine Zuständigkeit nach FGG. bejaht, die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde aber nach ZPO. verneint, PreußJMBl. **03** 248 ff., OLG. **6** 19 ff. Ebenso Josef, DNotVZ. **4** 319 ff., Kohler 386 (vgl. JDR. **1** § 60, **2** § 60).

b) KGJ **27** A 237: Für die Form der weiteren sofortigen Beschwerde gegen den die Anmeldung zurückweisenden Beschluß sind nicht die Bestimmungen der §§ 29, 21 FGG., sondern die Formvorschriften der ZPO. maßgebend. Demnach kann die sofortige weitere Beschwerde gegen den Beschluß des LG. ohne Anwaltszwang durch Einreichung einer privatschriftlichen Beschwerdeschrift gültig erhoben werden (ZPO. §§ 569 Abs. 2, 78 Abs. 2).

2. Wenn das Registergericht nur an einen der Anmeldenden, z. B. den Vereinsvorsitzenden, das Ansinnen stellt, eine Auskunft zu erteilen, deren Beantwortung nach Meinung des Gerichts für die Eintragung wesentlich ist, so ist der Betreffende für seine Person zur Beschwerde berechtigt. So die von Rintelen, DJZ. **04** 978 angeführte Entscheidung eines OLG.

3. KGJ. **28** A 63 ff.:

a) Zur Zurückweisung der Anmeldung ist das Amtsgericht auch dann noch befugt und beim Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung auch dann noch verpflichtet, wenn es die Anmeldung zugelassen und sie bereits der zuständigen Verwaltungsbehörde mitgeteilt hatte (FGG. § 18).

b) Auf den von einem Beschwerdeberechtigten vor der Eintragung gestellten Antrag, die Anmeldung zurückzuweisen, hat das Amtsgericht sachlich zu befinden. Gegen die zurückweisende Verfügung findet die Beschwerde nach FGG. §§ 19, 20 statt.

c) Gegen die Eintragung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit steht der Aufsichtsbehörde des Vereins die Beschwerde zu. Das Recht dieser Behörde wird im Sinne des § 20 FGG. durch die Eintragung verletzt. Handelt es sich um einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, dessen Geschäftsbetrieb auf Preußen beschränkt ist, so steht die Beschwerde dem Regierungspräsidenten, in Berlin dem Polizeipräsidenten zu (G. v. 1. 1. 02 § 2, PrVO. v. 30. 6. 01).

§ 61. 1. Nach Kohler 389 ist eine Eintragung ohne vorherige Anheimstellung polizeilicher Prüfung wirkungslos.

2. a) Kohler 390 will als politische Vereine nur solche ansehen, die einen Einfluß auf die verfassungsmäßige Tätigkeit des Staates im ganzen oder wenigstens in solchen Angelegenheiten bezwecken, die für die Stellung des Staates im Innern oder äußern bestimmend sind, nicht aber Vereine, die nur auf Herbeiführung eines Einzelgesetzes oder Änderung einer bestimmten Beamtentätigkeit gerichtet sind und die Stellung des Staates und seine Grundorganisation nicht antasten (z. B. einen Verein zur Abschaffung der Schwurgerichte, zur Herbeiführung der Feuerbestattung) (vgl. hierzu JDR. **1** § 61 Ziff. 2, **2** § 61 Ziff. 1b c).

b) PrOVG., DJZ. **04** 1046 (92): Ein Verein, der sich die Sorge für die verwahrloste männliche Jugend zur Aufgabe gemacht hat, ist nicht als ein solcher anzusehen, der sozialpolitische Zwecke verfolgt. Ebensowenig liegt ein sozialpolitischer Zweck vor bei der Schaffung von Kinderkrippen (Fürsorge für Kinder, denen im Elternhause tagsüber die erforderliche Wartung, Pflege und Aufsicht nicht zuteil werden kann) (vgl. JDR. **1** § 61 Ziff. 3, **2** § 61 Ziff. 1a).

c) BayObLG., R. **04** 191 (867): Ein Verein, der die Erweiterung einer Pfarrkirche zum Gegenstande hat, verfolgt einen religiösen Zweck (vgl. JDR. **2** § 61 Ziff. 4).

3. a) PrOVG. 44 441 ff: Ob der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, darf nicht nur aus der Satzung, sondern auch aus dem Verhalten seiner Organe und seiner Mitglieder, aus der gesamten Tätigkeit, die der Verein entfaltet, aus allem, was unter dem Begriffe „Vereinsleben" zusammengefaßt zu werden pflegt, ermittelt und festgesetzt werden. Wenn aber der Verein seine Satzung, nach der er einen religiösen Zweck verfolgte, dahin geändert hat, daß er das Vereinsleben auf einen nicht religiösen Zweck beschränkte, so kann nicht trotzdem nur auf Grund des früheren Statuts und des früheren Verhaltens angenommen werden, daß der Verein noch einen religiösen Zweck verfolge. Vielmehr wäre zu einer solchen Annahme der Beweis erforderlich, daß bei Errichtung der neuen Satzung vereinbart sei, den früheren Charakter des Vereins dennoch beizubehalten, oder der Beweis, daß der Verein auch nach der Änderung der Satzung religiöse Zwecke verfolge (vgl. PrOVG. 44 445 ff.).

b) PrOVG. 44 447: Bei Prüfung der Frage, ob der Verein eine Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten bezwecke, darf das Halten einer Zeitung von ausgeprägt politischer Parteirichtung und das Verteilen solcher Zeitung an die Mitglieder berücksichtigt werden, weil darin eine Förderung der politischen Partei, deren Anschauungen die Zeitung verbreitet oder deren Organ sie ist, gefunden werden muß. Dagegen kann daraus, daß der Verein sich einer bestimmten Zeitung als Organ zu Veröffentlichungen über Vereinsangelegenheiten bedient, nicht der Beweis hergeleitet werden, daß der Verein dieselben Zwecke verfolge wie die Zeitung. Selbst wenn die Zeitung den Vereinsmitgliedern vom Vereine geliefert wird, so ergibt sich daraus nicht, daß der Verein denselben Zweck verfolgt, dem in der Zeitung das Wort geredet wird. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn die Zeitung im Auftrage des Vereins redigiert würde, wenn die Verbreitung der so vom Verein abhängigen Zeitung Vereinszweck wäre.

4. KGJ. 28 A 67 ff.: Im allgemeinen steht den Verwaltungsbehörden kein weiterer Einfluß auf die Eintragung von Vereinen zu, als er durch das Einspruchsrecht gegeben ist. Doch steht einem weitergehenden aus § 20 FGG. herzuleitenden Beschwerderecht einer Behörde der § 61 nicht entgegen (s. zu § 60 Ziff. 3 c).

§ 62. 1. Kohler 393 ff. ist der Meinung, daß die Verwaltungsbehörde, wenn auch der Einspruch keine Gründe anzugeben habe, doch verpflichtet sei, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ihren Standpunkt insoweit darzulegen, daß ersichtlich ist, daß sie nur Opportunitätsgründe bei der Entscheidung geleitet haben. Denn es unterliege der verwaltungsgerichtlichen Zensur, wenn die Verwaltungsbehörde z. B. alle politisch oppositionellen Vereine ohne Rücksicht auf die Prüfung des einzelnen Falles oder sozialpolitische Vereine, die nicht auf ein bestimmtes System gegründet sind, oder Vereine von Personen bestimmten Glaubens von der Zulassung ausschließe oder wenn sie die Zulassung von Bedingungen abhängig mache, zu deren Stellung sie kein Recht habe, z. B. daß der Verein seine Beschlüsse jeweils zur Prüfung vorlege.

2. PrOVG. 44 440: Die im § 62 Abs. 2 zugelassene Klage zur Anfechtung des Einspruchs ist an eine Frist nicht gebunden. Die Worte „nach Maßgabe der §§ 20, 21 der GewO." beziehen sich lediglich auf den vorher erwähnten Rekurs; daraus, daß in der GewO. eine zweiwöchige Frist vorgeschrieben ist, folgt also nicht, daß da, wo ein Verwaltungsstreitverfahren besteht, die Anfechtungsklage innerhalb zwei Wochen angebracht werden müßte (vgl. Goldmann-Lilienthal I 68[45], a. M. Planck Anm. 1 zu § 62).

§ 64. 1. *Metzges, ZBlFrG. 2 883: Ist nach der Satzung für die Willensäußerung eines mehrgliedrigen Vorstandes die Mitwirkung eines bestimmten

Vorstandsmitglieds, z. B. des Vorsitzenden, des Kassierers, erforderlich, so ist in dem Vereinsregister nicht nur diese Satzungsbestimmung einzutragen, sondern auch jedesmal das Vorstandsmitglied kenntlich zu machen, welches jeweilig jene Stellung im Vorstand einnimmt.

2. Die Angabe des Berufs der Vorstandsmitglieder im Vereinsregister (Bek. des RK. v. 12. 11. 98 § 9 Abs. 3) soll lediglich zur genügenden Feststellung der Persönlichkeit zur Unterscheidung von anderen, vielleicht gleichnamigen Personen dienen. Beruf bedeutet hier nichts anderes als Stand, Lebensstellung. Deshalb wurde die Bezeichnung „Geh. Sanitätsrat Dr. med." und „Rektor" für durchaus genügend und die Anfrage des Registergerichts, welchen „Beruf" die Betreffenden hätten, für unbegründet erachtet. So die von Rintelen in der DJZ. **04** 978 angeführte Entscheidung eines OLG.

§ 68. Ehrenberg, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister (Jherings J. **47** 273 ff.), unterscheidet bei Eintragungen in die unter staatlicher Autorität geführten Register zwischen heilender Kraft, öffentlichem Glauben und rechtsbegründender (konstitutiver) Kraft der Eintragung. Heilend ist die Eintragung, wenn Mängel im Rechte des Eingetragenen durch die Eintragung aufgehoben werden, sei es nur gewisse oder auch alle Mängel (relative oder absolute Heilkraft) (275). Öffentlichen Glauben genießt eine Eintragung, wenn der gutgläubige Dritte sich auf die Richtigkeit der eingetragenen Tatsache verlassen darf (276). Das Wesen der rechtsbegründenden Eintragung besteht darin, daß eine gewisse Tatsache ohne Eintragung eine gewisse rechtliche Wirkung nicht entfalten, daß ein Rechtsverhältnis entweder überhaupt oder unter gewissen tatsächlichen Voraussetzungen nicht anders als durch Eintragung zur Existenz gelangen kann (278).

II. Stiftungen.

§ 80. 1. *Gradenwitz, Der Wille des Stifters (in den von der Universität Königsberg herausgegebenen Abhandlungen aus Anlaß der hundertsten Wiederkehr des Todestags Kants, Halle 1904) 149 ff.: Voraussetzung für ein wirkliches Stiftungsrecht ist Publizität der Stiftungsverfassungen (mit Ausnahme der Familienstiftungen) und der an ihnen im Laufe der Zeit vorgenommenen Änderungen; Voraussetzung einer gesunden Praxis der Stiftungsverwaltung im Sinne des Stifterwillens ist staatliche Aufsicht in Gestalt periodisch wiederkehrender Enquêten. Es würde sich empfehlen, ein eigenes Stiftungs-Amt zu errichten.

2. Schwabe 19: Die Stiftung ist ein Vermögen, das zum Vorteil eines unbestimmten, aber jeweilig bestimmbaren Personenkreises verwaltet und verwendet wird. Sie gehört den Destinatären und in letzter Linie dem Staate. Sie verlangt aber eine besondere Verwaltung, die vom Wechsel der Destinatäre unberührt bleibt, und bildet ein ausschließliches Sondervermögen im Verkehr mit Dritten und insofern besitzt sie regelmäßig die Persönlichkeit (s. vor §§ 21, 22 Ziff. 2).

3. Kohler 347: Eine Stiftung ohne Stiftungsvermögen wäre eine Stiftung ins Blaue, weshalb die Rechtsordnung zutreffend feststellt: die Stiftungserklärung muß zu gleicher Zeit Vermögen bestimmen, das der Stiftung zugewendet wird (vgl. JDR. **1** § 80 Ziff. 3).

4. Kohler 412: Eine fiduziarische Stiftung ist eine Stiftung, die zwar auch eine juristische Persönlichkeit bildet, aber eine solche, welche mit einer anderen Persönlichkeit identisch ist, so daß ein Fall vorliegt, wo eine Person in der Funktion zweier Persönlichkeiten tätig wird (vgl. JDR. **1** § 80 Ziff. 1).

5. Nach Planck (WürttZ. **04** 241 ff.) sind die Bürgerhospitalpfleger, Hospitalstiftungen, Stiftungsverwaltungen usw. in Württemberg keine juristischen

Personen. Es sind dies zumeist Sammelnamen für eine Reihe von zusammengeworfenen Stiftungen oder für eine oder mehrere Stiftungen, mit denen ein Teil des Gemeindevermögens vereinigt ist, Bezeichnungen für das Amt, das die Stiftungen verwaltet, nicht aber für eine durch sie vertretene juristische Person.

§ 85. 1. OLG. 7 200 ff. (KG): Zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Vorstandschaft einer Stiftung ist die Aufsichtsbehörde nur dann berufen, wenn ihr diese Entscheidung durch die Stiftungsurkunde ausdrücklich übertragen ist. Die Oberaufsicht greift, soweit nicht die Stiftungsurkunde der Aufsichtsbehörde eine weitere Befugnis verleiht, nur insoweit Platz, als die Stiftung der Aufsicht zu ihrer Erhaltung und zur Erreichung ihrer Zwecke bedarf. Danach kann, wenn Streit über das Recht jemandes auf das Amt des Vorstehers entsteht, die Behörde kraft des Aufsichtsrechts auf Anrufen einschreiten. Indessen können ihre Anordnungen nur die Natur eines Interimistikums haben, bis durch einen Familienbeschluß oder, soweit es sich um Individualrechte handelt, durch Richterspruch im ordentlichen Rechtsweg entschieden ist.

2. OLG. 8 238 ff. (KG.): Die provisorische Verfügung (s. Nr. 1 a. E.) kann im Wege der Beschwerde angefochten werden.

§ 86. Kohler 416 ff.: Wertberechtigt (Stiftling) ist regelmäßig derjenige, welcher durch die Organe der Stiftung als Stiftling erklärt wird. Das Recht des Stiftlings ist Wertrecht, nicht Forderungsrecht. Im Konkurse der Stiftung erhält der Stiftling, auch wenn er bereits fest bestimmt wäre, nichts, bevor nicht die Gläubiger völlig befriedigt sind. Anders nur, wenn der Konkurs eintritt, nachdem die Summe fällig geworden und der Stiftling sie nicht abgeholt hat. Dann hat dieser eine Konkursforderung (vgl. JDR. **1** § 86 Ziff. 2).

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 89. 1. Schwabe 20: Die öffentlich-rechtlichen Korporationen besitzen regelmäßig die Persönlichkeit. Der Staat, die Gemeinde ist eine Vielheit von Personen, die nach außen auftritt, als ob sie nur eine Person mit einem Vermögen wäre. Darin erschöpft sich also auch ihre Persönlichkeit. Träger der Rechte und Pflichten sind die Gemeindemitglieder, die Volksgenossen in ihrer körperschaftlichen Verbindung. Der Staat ist also kein besonderes Rechtssubjekt, keine Person im Rechtssinne, sondern ist eine Verbindung von vielen, ein Körper. Die Vielheit haftet im vermögensrechtlichen Verkehr wie eine Einheit, hat eine einheitliche Vertretung und die neuen Mitglieder sind ohne weiteres Mitinhaber der Schulden und des gemeinsamen Vermögens auch gegenüber Dritten. Darum besitzt der Staat die Persönlichkeit, d. h. die Eigenschaft, im privatrechtlichen Verkehre so behandelt zu werden, als wäre nur ein Träger der Forderungen und Schulden vorhanden. (S. vor §§ 21, 22 Ziff. 2.)

2. Verfassungsmäßig berufene Vertreter (s. auch zu § 31 Ziff. 2 und JDR. **1** § 89 Ziff. 2, 8, **2** § 89 Ziff. 5 g ff.).

a) **RG.** JW. **04** 284 (3), Gruchots Beitr. **48** 904: Der Gemeindebaurat einer Landgemeinde in den sieben östlichen Provinzen Preußens ist zwar an sich nicht verfassungsmäßiger Vertreter der Gemeinde im allgemeinen, wohl aber, wenn ein besonderes Gemeindebauamt besteht, das seiner Leitung unterstellt ist, ein für gewisse Geschäfte der Gemeinde berufener Vertreter derselben im Sinne von § 31 verbunden mit § 30 BGB. Deswegen wurde die Gemeinde für verantwortlich erklärt für den Schaden, den die Lehrerin einer Gemeindeschule durch Umsturz einer durch Schuld des Gemeindebaurats mangelhaft befestigten Schultafel erlitten hatte.

b) **RG.** JW. **04** 548 (1): Der preußische Oberförster ist innerhalb seines Amtsbezirks ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Staates im Sinne der §§ 31, 89. S. zu § 31 Ziff. 2b.

c) OLG. 9 23 (Stuttgart): Ein nicht fest angestellter, zur Aushilfe herangezogener Hilfsbriefträger gehört nicht zu den verfassungsmäßig berufenen Vertretern des Fiskus.

d) **RG.** PrJMBl. **04** 321 ff.: α. Der Justizfiskus haftet den in den Räumen einer Justizbehörde verkehrenden Personen gegen Beschädigungen, welche durch die mangelhafte Beschaffenheit der zu den Diensträumen führenden Treppen herbeigeführt sind. Dabei ist es gleichgültig, ob das Gebäude im Eigentume des Fiskus steht oder diesem, sei es ganz, sei es in einzelnen Teilen, entgeltlich oder unentgeltlich, von dritter Seite zur Benutzung überlassen worden ist.

β. Es bedarf nicht des Nachweises des Verschuldens eines bestimmten verfassungsmäßigen Vertreters, wenn erhellt, daß das Verschulden irgendeines solchen Vertreters vorliegt. Dann ist es ohne Bedeutung, wer dieser verfassungsmäßige Vertreter ist. Hat z. B. ein gefahrdrohender Zustand (Steilheit einer Treppe, mangelnde Helligkeit) viele Jahre hindurch bestanden, so braucht das Verschulden eines bestimmten Vertreters nicht nachgewiesen zu werden. Es ist Sache des Beklagten, darzulegen, daß trotz der langen Dauer des gefahrbringenden Zustandes einen verfassungsmäßigen Vertreter kein Verschulden trifft.

3. Beweislast.

a) **RG.** JW. **04** 232 (2): Eine Stadtgemeinde war in zweiter Instanz zum Schadensersatz an einen Kläger verurteilt, der in einer Straße über einen den Verkehr hindernden Balken gefallen war und hierdurch einen Beinbruch erlitten hatte. Das OLG. hatte nicht besonders begründet, daß die Voraussetzungen der §§ 89, 31 vorlagen. Das RG. führt aus, daß es einer besonderen Begründung in dieser Beziehung nicht bedarf, da eine Stadtgemeinde einen für diese Angelegenheit verfassungsmäßig berufenen Vertreter haben muß.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 603: Daß die Stadtgemeinde einen Vertreter haben muß, zu dessen Geschäftskreis die Fürsorge für den verkehrssicheren Zustand der Straße gehört, ist selbstverständlich. Einer näheren Begründung des Verschuldens eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters bedarf es daher nicht. S. auch Ziff. 2 d 2 und JDR. **1** § 89 Ziff. 8b, **2** § 31 Ziff. 7.

4. Regreß des Staates an den Beamten.

Darf der Staat den Geschädigten im Falle des § 89 nicht an den schuldigen Beamten verweisen, so ist er doch seinerseits nicht gehindert, wegen der Summe, die er hat zahlen müssen, gegen den schuldigen Beamten Regreß zu nehmen. Maßgebend ist gemäß Art. 32 EG. das öffentliche Recht des betreffenden Bundesstaats. Für das Gebiet des preußischen Landrechts kommen in Betracht die §§ 88 ff. II 10 ALR. Delius, DJZ. **04** 528.

5. Haftung des Staates gegenüber den Beamten aus deren Dienstverhältnis.

*Ausgehend von der in den Entsch. v. 4. 11. 86 und v. 6. 11. 03 vertretenen Rechtsüberzeugung des RG., wonach das Dienstverhältnis zwischen dem Fiskus bzw. einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft und den von ihnen angestellten Beamten sich nach den in den §§ 611 ff. BGB. aufgestellten Grundsätzen über den Dienstvertrag regelt, also hierauf auch die Vorschrift im § 618 Anwendung findet, folgert B. Hilse, AbürgR. **25** 112, daß der Fiskus für die seinem Beamten infolge gefahrbringender Beschaffenheit der Diensträume zugestoßenen Unfälle zu haften hat und hierbei sich nicht durch die Einrede aus § 831 schützen kann, weil seine Vertretungspflicht auf § 278 beruht. Vgl. auch AöffR. **04** 186.

6. §§ 89, 31 BGB. und Art. 77 EG. (JDR. 2 § 89 Ziff. 5 b).

a) Kohler 328: Handelt es sich um sogenanntes öffentliches Eigentum und seine Behandlung, also z. B. um die Instandhaltung und Ausnutzung von Straßen, Flüssen, Eisenbahnen usw., so ist zu beachten, daß hier ein mit dem öffentlichen Dienste verbundenes Eigentum des Staates vorliegt und folglich alles, was die Behandlung dieses der Öffentlichkeit gewidmeten Eigentums betrifft, dem Privatrecht angehört und daher den §§ 31, 89 verfällt, während es anders wäre, wenn etwa der Staat verantworlich werden sollte, weil die Polizei bei Handhabung der Straßenordnung fehlerhafte Maßnahmen getroffen hatte. Vgl. JDR. 2 § 89 Ziff. 5 f.

b) **RG. 56** 88: Den Gegensatz der Bestimmungen der §§ 89, 31 BGB. zu Art. 77 EG. bilden nicht Handlungen der verfassungsmäßig berufenen Vertreter (§§ 89, 31) und Handlungen der Beamten (Art. 77). Vielmehr liegt der Gegensatz in dem Gebiete, dem die Handlungen angehören, also darin, ob die Handlung dem Gebiete des Privatrechts (§§ 89, 31) oder dem des öffentlichen Rechtes, dem der Ausübung von Hoheitsrechten des Staates (Art. 77) angehört. Vgl. hierzu Delius, Die Haftpflicht der Beamten unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung, DJZ. **04** 526 ff.

c) **RG. 56** 89 ff.: Auch unter der Herrschaft des BGB. haftet der Gerichtsvollzieher dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber nach den Grundsätzen des Auftrags im Sinne des früheren Rechtes (vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 675). Daraus folgt aber nicht, daß eine zur Zwangsvollstreckung gehörige Handlung den Charakter einer Amtshandlung verliert, die in den Bereich des dem Gerichtsvollzieher auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung eingeräumten Imperiums fällt. Die Ablieferung gepfändeten Geldes bildet den letzten Akt der Zwangsvollstreckung. Die rechtswidrige Zueignung solchen Geldes durch den Gerichtsvollzieher begründet deshalb gemäß § 40 des Gesetzes betr. die Ausführung des BGB. in Elsaß-Lothringen die Haftung des Staates für den verursachten Schaden.

d) **RG.** JW. **04** 233 (8): Auch da, wo in Preußen die örtliche Polizeiverwaltung einem Mitgliede des Magistrats übertragen ist, handelt dieses nach § 1 des PrG. über die Polizeiverwaltung v. 11. 3. 50 nicht als Vertreter der Stadt. Die Polizei wird vielmehr im Namen des Königs ausgeübt. Daraus folgt, daß auch die Hilfsbeamten des Inhabers der Polizeiverwaltung, die einzelnen Polizeidiener, da, wo sie als solche handeln, eine Amtsbefugnis ausüben, die sich aus der staatlichen Polizeigewalt herleitet. Für ein Versehen, das bei der Ausübung solcher öffentlich-rechtlichen Amtsgewalt begangen wird, sind nur die Beamten selbst, nicht der Staat, dessen Hoheitsrecht sie ausüben, oder die Gemeinde, von der sie angestellt sind, verantwortlich.

e) **RG.** JW. **04** 353 (1), Gruchots Beitr. **48** 995:

α. Bei Erfüllung der Wegebaupflicht handelt es sich, auch wenn sie ausschließlich auf Normen des öffentlichen Rechtes beruht, nicht um Ausübung der öffentlichen Gewalt, die Haftung der öffentlich-rechtlichen Korporationen bei schuldhafter Nichterfüllung dieser Pflicht ist daher lediglich nach den §§ 31, 89 823 BGB. und, soweit ein Verschulden von Beamten in Frage kommt, die nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter der Korporation im Sinne der §§ 31, 30 sind, nach § 831 zu beurteilen.

β. Unter den Vorbehalt des Art. 77 EG. fällt es auch, wenn ein Schaden dadurch veranlaßt ist, daß ein mit der Ausübung der öffentlichen Gewalt betrauter Beamter es unterlassen hat, handelnd einzugreifen, wo dies hätte geschehen sollen.

f) OLG. **9** 23 (Stuttgart): Der staatliche Postbetrieb stellt sich nicht als Ausübung einer öffentlichen Gewalt, als Hoheitsrecht dar, sondern als ein staatliches Monopol oder Regal. Ein Briefträger ist kein Beamter, dem eine öffentliche Gewalt anvertraut ist. Das Austragen von Briefen und Leeren von Briefkasten sind keine Handlungen, die einen Träger öffentlicher Machtbefugnisse als Handelnden voraussetzen. Vgl. IDR. **1** § 89 Ziff. 8 d.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Vorbemerkung: Zahlreiche kasuistische Entscheidungen über den Begriff des „Einfügens", der „festen Verbindung" sowie der „wesentlichen Veränderung" zeigen das andauernde Bestreben der Gerichte, die im praktischen Leben so wichtigen Begriffe wie „Zubehör" und „Bestandteil" nach Möglichkeit festzulegen; dennoch ist bisher in manchen wichtigen Punkten noch keine Einigung erzielt, so z. B. hinsichtlich der häufig vorkommenden Frage, als was auf einem Grundstücke lagernde, demnächst zu einem Gebäude zu verwendende Baumaterialien anzusehen sind.

§ 90. 1. *Julius Gierke, ZVersWes. **4** 344 ff.: Die rein juristische Einteilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche darf nicht zugrunde gelegt werden bei einer Bestimmung, was unter dem Ausdruck „Immobiliarversicherungswesen" in bezug auf das Reservatrecht Bayerns (Nr. IV des Schlußprotokolls zu dem Vertrage vom 23. 11. 70, betreffend den Beitritt Bayerns zur Verfassung des deutschen Bundes) zu verstehen ist.

2. Der menschliche Leichnam eine Sache? (vgl. Rausnitz, IDR. **2** Ziff. 2).

*Merkel, SächsA. **14** 677 ff.: Der Leichnam des Menschen ist keine Sache im Rechtssinne. Es gibt kein einziges gültiges Privatrechtsgeschäft über Leichen, nur Beziehungen öffentlich-rechtlicher Natur sind an ihnen möglich. Einzig die Anatomieleiche wird zur Sache degradiert, doch selbst Geschäften über sie ist die Klagbarkeit zu versagen, das Eigentum daran wird höchstens durch das Strafrecht geschützt. Nicht einmal Gegenstand der eignen rechtlichen Verfügung desjenigen, dessen Körper er war, kann der Leichnam sein. — Aus ethischen, religiösen und philosophischen Gründen, nicht aus rein juristischen sind diese Folgerungen zu ziehen. Der Mensch, der Herr der Dinge, rubriziert und klassifiziert die Dinge der Außenwelt; das Medium, durch das er in dieser Welt der Erscheinungen erst wirken kann, seinen Leib, auch wenn die Seele aus ihm gewichen ist, als Sache zu bezeichnen, widerstrebt seiner Herrschernatur. Das Subjekt läßt sich niemals zum Objekte degradieren, was einmal Person war, kann nicht Sache werden. Den Leichnam umkleidet noch ein Schimmer von Subjektivität, der uns hindert, in dieser Scheinpersönlichkeit eine Sache zu erblicken.

3. Elektrizität (vgl. IDR. **2** Ziff. 3).

*Pfleghart, ABürgR. **24** 301 ff.: Das BGB. kennt als Rechtsobjekte nur Sachen und Rechte. Wie aus den Motiven (III 2 § 33), wo den Rechten als reinen Verstandesschöpfungen diejenigen Dinge gegenübergestellt werden, über die eine reale Macht sich üben läßt, hervorgeht, bilden das Gegenstück zu denselben nicht die körperlichen Gegenstände allein, sondern neben und mit diesen zusammen auch die unkörperlichen, der sinnlichen Wahrnehmung aber zugänglichen Güter. Da nun die elektrische Energie mit den körperlichen Gegenständen die Eigenschaften der Realität und Lokalisierbarkeit, der Faßbarkeit, Transportabilität und Meßbarkeit sowie der räumlichen Selbständigkeit gemeinsam hat, in allen rechtlichen Beziehungen sich jedenfalls nicht anders als das in einer Leitungsröhre gefaßte Gas, dem die Sachqualität ja allgemein zuerkannt wird, verhält, so kann sie nicht unter die Rechte, sondern muß logischerweise unter die Sachen, worunter also nicht bloß die mit der Eigenschaft der Masse ausge-

statteten, sondern die überhaupt einen vermögensrechtlichen Wert besitzenden Erscheinungen der realen Welt zu verstehen sind, eingereiht werden. Das hat denn nachträglich der Gesetzgeber mit dem Erlasse des Reichsgesetzes vom 9. 4. 00 (vgl. u. die Ausführungen zu § 903) selber in unzweideutiger Weise ausgesprochen. Die etwaige Annahme, daß, soweit die Rechtsnatur der elektrischen Energie in Frage kommt, zwischen den beiden Gesetzen ein Widerspruch bestehe, ist völlig unzulässig.

§ 91. Die Entsch. d. **RG.** über die Qualität von Bergwerkskuxen (JDR. **2** Ziff. 3), findet sich jetzt auch ZBergr. **45** 89 ff.

§ 92. Sachgesamtheit Objekt von Rechten? (JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1205).

*Geißmar, Holdheims MSchr. **04** 90 ff.: Die Frage, ob eine Sachgesamtheit das ideelle Objekt von Rechten sein könne, ist hauptsächlich bei der Verpfändung eines Warenlagers von Bedeutung; denn diese hat nur dann einen praktischen Wert, wenn die einzelnen ausscheidenden Stücke von dem Pfandnexus befreit und die neu hinzugekommenen davon ergriffen werden.

Nach den Mot. z. BGB. verhält sich der Entwurf desselben ablehnend gegen die Vorstellung, daß eine Sachgesamtheit Gegenstand von Rechten sein könne. Gleichwohl ist nach den obigen Bestimmungen des BGB. anzunehmen, daß eine Sachgesamtheit sowohl Gegenstand eines Kaufes als eines Pfandes sein könne (vgl. unten zu § 1209).

§ 93. 1. *Julius Gierke, ZVersWes. **4** 345: Die unwesentlichen Bestandteile von Grundstücken sind so lange unbewegliche Sachen, als sie mit dem Grundstücke verbunden sind.

2. *Friedrichs, Kommentar zum Zuständigkeitsgesetz 109: In bezug auf die Frage, ob Brücken und Fähren über öffentliche Flüsse als Zubehör des öffentlichen Weges, in dessen Zuge sie liegen, anzusehen seien, oder nicht, sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Landesrechts nicht geändert worden.

3. Maschinen wesentliche Bestandteile? (JDR. **2** Ziff. 4 d zu § 93.)

a) *Geiler, DJZ. **04** 543 ff., führt aus, daß die Maschinen einer Fabrik nur dann wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstücks sind, wenn sie entweder nicht ohne substanzliche Beschädigung von dem Gebäude getrennt werden können oder wenn die Trennung der Maschinen die dauernde Unfähigkeit des Gebäudes, durch eine neue Verbindung mit Maschinen zu dem bisherigen Fabrikbetrieb ergänzt zu werden, zur Folge hat.

Das **RG.** **50** 241 nimmt an, daß auch bei der Möglichkeit einer Trennung ohne substanzielle Beschädigung die Maschinen schon dann wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstücks sind, wenn das Fabrikgebäude von vornherein zu einem bestimmten Fabrikationsbetrieb errichtet ist.

b) Bei der Frage, ob Maschinen wesentliche Bestandteile eines Gebäudes sind, kommt es nach dem **RG.** VII 6. 5. 04 (Gruchots Beitr. **48** 865 ff., JW. **04** 354) darauf an, ob das betreffende Gebäude, — nicht, ob das Ganze, d. h. die Fabrik — durch die Trennung eine Wesensänderung erleidet. Dieses ist nicht der Fall, wenn das Gebäude nach der Trennung einer weiteren Benutzung als Lagerraum oder zu anderen gewerblichen Zwecken dienen kann.

4. a) Festgefügte Kachelöfen, die mit Ziegelsteinen und mittels Lehmmörtels im Gebäude aufgemauert sind, erachtet OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 65 für wesentliche Bestandteile des Gebäudes.

b) Darüber, ob eine Wasserleitung im einzelnen Falle selbständige Sache, wesentlicher Bestandteil oder Zubehör ist, handelt OLG. Darmstadt, Hess. Rspr. **5** 58.

5. a) **RG. 56** 289: Für die Entscheidung der Frage, ob eine Sache ein wesentlicher Bestandteil eines anderen ist, sind die Vorschriften des BGB. auch dann maßgebend, wenn die Verbindung der Sachen schon vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgt ist.

b) **RG.** JW. **04** 549: Für die Fälle des § 93 kommt es auf die größere oder geringere Festigkeit der Verbindung nicht an.

c) **RG.** DJZ. **04** 994, JW. **04** 467, BadRpr. **04** 318: § 93 will nutzloser Zerstörung wirtschaftlicher Werte vorbeugen. Eine Wesensänderung im Sinne dieser Vorschrift liegt schon dann vor, wenn ein mit elektrischer Beleuchtungsanlage versehenes Hotel durch die Beseitigung der elektrischen Anlage eine erhebliche Einbuße in seiner wirtschaftlichen Bedeutung erleidet, ohne daß es gerade den Charakter als Hotel überhaupt verliert. — Die Eigenschaft eines Bestandteils einer Sache als eines wesentlichen kann nicht deshalb bezweifelt werden, weil ein Ersatz durch einen Gegenstand gleicher oder ähnlicher Bedeutung möglich sei.

d) OLG. 8 413 (Bamberg): Die wesentliche Veränderung erfordert nicht physische Verletzung des Gegenstandes, sondern nur, daß er durch die Trennung wirtschaftlich etwas wesentlich anderes wird. Ob Maschinen Bestandteile oder Zubehör sind, ist daher hauptsächlich Tatfrage (414).

e) OLG. Dresden 22. 1. 02, jetzt auch Ann. **25** 182 ff.

§ 94. I. Abs. 1.

a) **RG.** JW. **04** 111: Die Entscheidung darüber, ob eine Sache im Sinne des Abs. 1 mit dem Grund und Boden fest verbunden ist, darf nicht ausschließlich von der größeren oder geringeren Festigkeit der Verbindung abhängig gemacht werden.

b) BayObLG. 28. 6. 04, 5 318 ff.: Eine feste Verbindung im Sinne des Abs. 1 liegt nur dann vor, wenn die Trennung nicht ohne erhebliche Veränderung oder Beschädigung des Grundstücks oder der Sache möglich ist. Der Umstand allein, daß die im Fabrikgebäude befindlichen Maschinen zum Betriebe der Fabrik notwendig sind, rechtfertigt nicht die Annahme, daß durch ihre Entfernung die Fabrik in ihrem Wesen verändert wird (321/322).

c) BadVwGerH., BadRpr. **04** 94: Eine auf einem Betonsockel montierte Einfriedigung ist als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks anzusehen.

d) **RG.** SächsA. **14** 350: Es ist wesentlich Tatfrage, ob eine durch Aufschrauben auf eine feste Unterlage oder in sonstiger Weise vorgenommene Befestigung einer Maschine als feste Verbindung mit dem Grund und Boden angesehen werden kann.

II. Abs. 2.

a) **RG. 56** 288 ff., JW. **04** 89 behandelt die Frage, unter welchen Umständen von einer Akkumulatorenbatterie angenommen werden kann, daß sie in ein Gebäude eingefügt sei (vgl. auch BayObLG., R. **04** 220 Nr. 1014). — Damit der Begriff des „Einfügens" erfüllt werde, ist erforderlich, daß der einzufügende Gegenstand zwischen andere Teile, überhaupt in ein größeres Ganze hineingebracht und zugleich in eine für ihn bestimmte Stelle eingepaßt werde, so daß eine feste Verbindung mit den ihn einschließenden Stücken hergestellt wird (290).

b) **RG.** JW. **04** 265: Ein Gebäude erhält die Eigenschaft als Heilanstalt durch seine dauernde Einrichtung, nicht erst durch die Konzession; durch eine behördliche Schließung allein geht daher der Charakter des Gebäudes nicht verloren.

c) **RG.** JW. **04** 139: Ein Gatter wird dadurch, daß es in ein Mühlengebäude eingefügt wird, wesentlicher Bestandteil des Gebäudes.

§ 95. RG. JW. **04** 336: Eine zu vorübergehenden Zwecken aufgestellte, wenn auch verbundene Lokomobile ist eine bewegliche Sache und nicht Bestandteil des Grundstücks.

OLG. Naumburg, SeuffA. **59** 149: Pflanzen- und Baumschulenbestände sind nicht Bestandteile des Gärtnereigrundstücks, wenn sie nur zu vorübergehenden Zwecken mit dem Grund und Boden verbunden worden sind.

§ 96. 1. *Kluckhuhn, Das Recht der Wirtschaftswege: Ein wesentlicher und untrennbarer Bestandteil eines jeden landwirtschaftlichen Grundstücks ist sein Anteilsrecht an den gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücken, wie sie als Wirtschaftswege, Triften, Trankstätten, Weideplätze, Mergel-, Lehm-, Kies-, Sandgruben und ähnliches in allen Dorf- und Stadtmarken vorkommen, weil das Grundstück ohne dieses Anteilsrecht nicht bewirtschaftet werden könnte und seine Wesenart als nutzbares Flurgrundstück verlieren müßte und weil andererseits das selbständige Bestehen des Anteilsrechts ohne Verknüpfung mit dem nutzbaren Grundstücke keinen Wert und Sinn hätte (Kluckhuhn a. a. O. § 34 zu II, §§ 8, 9, 16, 27, 31). Das Anteilsrecht, weil untrennbar, kann daher auch nie für sich allein Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein (75, 142, 167). Jene Untrennbarkeit ist für die Zweckgrundstücke der althergebrachten Realgemeinden übrigens auch durch Art. 164 EGBGB., für die rezeßmäßig geschaffenen durch Art. 113 ebenda auch unter dem Reichsrechte gewährleistet.

2. SächsOVG. **4** 210: Eine auf dem Grundbuchblatte des berechtigten Grundstücks eingetragene Apothekengerechtigkeit ist nach § 96 mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbunden (vgl. JDR. **2** Ziff. 2 zu § 96) und zu dessen Bestandteil geworden. — Auch ein Bestandteil teilt so lange, als er mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbunden ist, dessen rechtliche Schicksale in derselben Weise wie ein „wesentlicher" Bestandteil nach § 93.

§ 97. I. *Julius Gierke, ZVersWes. **4** 347 f.: Das Grundstückszubehör ist keine unbewegliche Sache, sondern eine bewegliche, die nur in gewisser Hinsicht Immobiliarqualität annehmen kann.

II. 1. Abs. 1 Satz 1.

a) BayObLG. **5** 85 ff., R. **04** 191 Nr. 872: Die bei einer Bierbrauerei vorhandenen Tische und Stühle, die ihrer Bestimmung nach den aus der Brauerei ihr Bier beziehenden Wirten zur Verfügung gestellt und nach dem Gebrauche wieder zurückgegeben werden, können als Zubehör des Brauereigrundstücks angesehen werden, nicht aber auch die Biervorräte (90/91).

OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 225: Auch die Bureaueinrichtung einer Fabrik kann zu deren Zubehör gerechnet werden.

b) LG. Oldenburg, OldenbZ. **31** 86 ff.: Das Vieh-, Feld- und Wirtschaftsinventar einer Landstelle gilt nach Oldenburgischer Auffassung nicht als Zubehör der Stelle.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 145: Die Einrichtung von Fremdenzimmern ist im Zweifel Zubehör einer Wirtschaft.

c) Baumaterialien, die sich bereits auf dem Grundstücke befinden und dazu bestimmt sind, künftig Bestandteile eines Neubaues zu werden, erachtet LG. Halle, NaumbAK. **04** 73, entgegen dem OLG. Breslau (JDR. **2** Ziff. I 1 b), nicht als Zubehör des Grundstücks.

d) OLG. Rostock, MecklZ. **23** 30, handelt über die Frage, inwieweit landwirtschaftliche Maschinen Zubehör zweier im Eigentum verschiedener Personen stehender Landgüter sein können.

2. Abs. 1 Satz 2. Es muß eine allgemeine Verkehrsauffassung in dem Sinne erfordert werden, daß sich eine über Einzelfälle hinausgehende und in beständiger entsprechender Befolgung bestimmt erkennbare Ansicht und

Rechtsübung im gesamten Rechtsverkehr des betreffenden Ortes gebildet hat. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 146.

§ 98. 1. OLG. Dresden 26. 5. 03, JDR. **2** Ziff. I 1a findet sich jetzt auch SächsOLG. **25** 177 ff.

2. Abs. 2. Begriff des Landguts.

RG. R. **04** 110: Unter einem Landgute versteht das BGB. im Gegensatze zu dem einzelnen landwirtschaftlichen Grundstücke die zum selbständigen landwirtschaftlichem Betrieb eingerichtete Grundstückseinheit oder Grundstücksmehrheit. Vorausgesetzt wird nur Einrichtung zum selbständigen landwirtschaftlichen Betriebe. Gleichgültig erscheint es, ob die Arbeitskraft des Besitzers durch den Betrieb des Landguts vollständig oder doch zum größten Teile in Anspruch genommen wird und ob die Erträgnisse hinreichen, den Besitzer und seine Familie zu ernähren. Ein gleichzeitiger Betrieb nicht landwirtschaftlicher Natur hindert nicht, den Besitz als Landgut zu betrachten, während allerdings ein landwirtschaftlicher Nebenbetrieb allein die Eigenschaft eines Landguts nicht schafft.

3. Zu vergleichen auch die Entscheidungen zu § 97.

§ 99. *Literatur: Mettier, Die Pfandhaftung der Früchte einer Immobilie. Zürich 1904.

I. Abs. 1. Alle Erzeugnisse einer Sache sind Früchte derselben und zwar ohne jede Einschränkung und ohne Unterschied, ob die Sache wirtschaftlich zur Fruchtziehung bestimmt ist oder nicht. Auf wirtschaftliche Erwägungen legte das Gesetz bei Definierung des Fruchtbegriffs kein Gewicht, sondern definiert denselben rein objektiv, unabhängig vom Inhalte des jeweiligen Rechtes zum Fruchtbezuge.

Was das Moment der „Bestimmungsgemäßheit" anbelangt, so ist zu bemerken, daß es diesbezüglich einzig und allein darauf ankommt, ob die Hauptsache dazu dient, solche Ausbeute zu liefern. Ob sich dieselbe als deren regelmäßiger Ertrag darstellt oder nicht, d. h. ob deren Gewinnung nach den Grundsätzen einer ordentlichen Wirtschaftsführung vor sich gegangen oder nicht, wird nicht berücksichtigt. Es genügt, wenn die abgelöste Sache ihrer Art nach zu den aus der Hauptsache gewonnenen Produkten gehört; ob dadurch die Substanz der fruchttragenden Sache angegriffen und das den Regeln einer guten Wirtschaft entsprechende Maß bei Gewinnung solcher Früchte innegehalten wurde, fällt bei Bestimmung ihrer Eigenschaft als solche nicht in Betracht. Bei Behandlung der „sonstigen Ausbeute" als Frucht kommt es lediglich darauf an, daß dieselbe zur bestimmungsgemäßen Nutzung einer Sache gehöre. Damit ist bereits gesagt, daß letztere selbst, wenn auch in verändertem Umfange, bestehen bleibt. Es können demnach die abgetrennten Teile einer beweglichen, verbrauchbaren Sache niemals als deren Früchte angesehen werden.

II. Abs. 2. Indem das BGB. von „Erträgen" spricht, so will damit nur gesagt sein, daß es sich hier sowohl um unkörperliche Werte, als auch um eigentliche Sachfrüchte handeln kann. Nicht darf etwa darin das Requisit der Substanzschonung erblickt werden, denn auch das Recht auf Raubfrüchte ist Frucht des Nießbrauchs.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Fink, Die rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums nach heutigem bürgerlichen Rechte (Bresl. Inaug.-Diss.) 1904. — Klein, Beiträge zur Causa-Lehre. ÖstZBl. 22 452—467.

Zu §§ 104 ff. I. Zum Begriffe des Rechtsgeschäfts (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 und 2 vor § 104).

*Fink a. a. O.: Das BGB. identifiziert Rechtsgeschäft und Willenserklärung. Nach den Sprachgesetzen bedeutet Willenserklärung das Klarmachen eines Willens, und da man nur durch eine Handlung (Reden, Schreiben usw.) etwas klarmachen kann, die Handlung, welche etwas klar macht. Das BGB. gebraucht aber Willenserklärung im engeren Sinne. Wenn die Handlung wirklich etwas klar machte, müßte sie unzweifelhaft den inneren Willen erkennen lassen;[1]) dem steht aber § 133 entgegen, welcher gerade voraussetzt, daß die Willenserklärung den Willen nicht unzweifelhaft widergiebt.

Daraus, daß bei Auslegung der bezeichneten Handlung Zweifel möglich sind, folgt, daß durch sie nicht immer klar gemacht werden kann, d. h. daß der erstrebte Erfolg — das Klarmachen — nicht immer eintritt. Dem gibt das BGB. auch dadurch Ausdruck, daß es ohne Ausnahme bei Rechtsakten, die an sich Rechtsgeschäfte sind, deren rechtlicher Erfolg aber nicht eintritt, von nichtigen Rechtsgeschäften spricht. Die Konsequenz dieses Prinzips ist, daß Rechtsakte, die zu einem bestimmten, als Rechtsgeschäft hingestellten, Institut gehören, nicht als Rechtshandlungen, sondern als Rechtsgeschäfte zu betrachten sind, auch wenn in einzelnen ein oder mehrere Erfordernisse des Rechtsgeschäfts (z. B. der Wille) fehlen, und daß umgekehrt Rechtsakte, die an sich Rechtshandlungen sind, nicht dadurch zu Rechtsgeschäften werden, daß einzelne Momente des Rechtsgeschäfts zu ihrem Tatbestande hinzukommen.

II. Causa-Lehre.

1. *Klein a. a. O.: Wesen der causa.

Causa ist der (rechtsgeschäftliche) Zweck der Vermögenszuwendung (die Einreihung der Leistung in das Vermögen eines anderen), der entweder in der Herbeiführung einer äquivalenten Rechtswirkung (causa solvendi, causa exedendi, causa condicionis implendae) oder in der wirtschaftlichen Funktion der Leistung (causa donandi, dotio, unentgeltliche causae) besteht. Stampe: „Das Causa-Problem des Zivilrechts und „causa und abstrakte Geschäfte", Goldschmidts Z. **55** 387—416 zu § 780 versteht unter causa: die Tätigkeit der Parteien, Objekt und Art der in concreto gewollten Güterschiebung, also den wirtschaftlichen Gesamterfolg, der gewollt wird, festzustellen, — das Grundgeschäft. Die übrigen, von der herrschenden Meinung als causae bezeichneten Rechtsgeschäfte: solutio, arrha, Anweisung, die causa condicionis implendae seien nicht „causae", sondern „Hilfsgeschäfte", weil diese Geschäfte in ihrer Wirksamkeit vom Grundgeschäft abhängig seien. Gegen Stampe und für die herrschende Lehre vom Wesen der causa sprechen folgende Gründe:

a) Die Lösung des Causa-Problems mit Grund- und Hilfsgeschäften stellt nicht etwas Wesentliches als Kriterium der causae gegenüber allen anderen Rechtsgeschäftsarten auf, während sich bei der herrschenden Lehre von der Zerlegung der empirisch einheitlichen Vermögenszuwendung in Mittel und Zweck ein solches Kriterium der causae ergibt.

b) Die Wirkungen des Stampeschen Grundgeschäfts erstrecken sich nicht über die Statuierung obligatorischer Rechtswirkungen hinaus. Das Grundgeschäft hat also seine Aufgabe erfüllt, wenn die obligatorische Verpflichtung zu dem gewollten wirtschaftlichen Gesamterfolge statuiert ist. Mit der solutio ꝛc. tritt die Obligation in ein neues Stadium ihrer Entwicklung, indem sich eine abermalige Güterschiebung vollzieht.

---

[1]) So: Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 31, und Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts 40ff. — Vgl. hierzu IDR. **1** Ziff. 1—3 vor § 116.

c) Die Tatbestände der causa exedendi, solvendi und donandi 2c. sind formell gleich. Stampe: causa und abstrakte Geschäfte 402, spricht selbst von „Hilfsgeschäften mit kausalem Charakter".

2. Wie geschieht die Zwecksetzung?

Zur causa genügt nicht die bloße „Absicht" (BGB. §§ 685, 1429), sie ist vielmehr — der Leistungsempfänger muß die Absicht des Leistenden erkennen — Willenserklärung des Leistenden. Diese Willenserklärung ist, da sie auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist, Rechtsgeschäft. Dieses Rechtsgeschäft muß, weil das Vermögen des Leistungsempfängers gegen die rechtsgeschäftliche Einwirkung des Leistenden verschlossen ist, und nur durch die Einigung zwischen dem Leistungsempfänger und dem Leistenden eine vermögensrechtliche Wirkung durch Rechtsgeschäft im Gläubigervermögen möglich ist, bei allen causae ein Vertrag sein. Besonderheit: Die antizipierten Causa-Verträge (vgl. IDR. **2** 230).

Wird ein Kausal-Geschäft auf ein anderes Kausal-Geschäft hin bewirkt, so präzisiert die causa des ersten Geschäfts die Leistung der späteren Vermögenszuwendung (wichtig für BGB. §§ 157, 365) und hat damit auf die Vermögenszuwendung als solche, nicht aber (wie Stampe annimmt) auf die zweite causa Einfluß.

III. *Franz Leonhard, Beweislast 276 ff.: Wer aus einem Geschäfte klagt, muß auch den Inhalt des Geschäfts soweit beweisen, daß der erhobene Anspruch daraus erhellt. Das gilt auch bei den sog. naturalia; diese Fälle können von denen der Bedingung, Vertretung usw. überhaupt nicht unterschieden werden.

§§ 104, 105. Homosexualität. (Vgl. o. Ziff. 3 zu § 6.)

1. *Dr. Numa Prätorius, Homosexualität n. d. BGB., Dritter Abschnitt, Kap. II: Die Homosexualität an und für sich kann niemals als ein die freie Willensbestimmung dauernd ausschließender krankhafter Zustand betrachtet werden, sondern höchstens als ein nur vorübergehend die Zurechnungsfähigkeit ausschließender. Daher ist wegen Homosexualität die Geschäftsfähigkeit niemals auf Grund der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1, sondern höchstens die Gültigkeit einer einzelnen Willenserklärung auf Grund des § 105 Abs. 2 zu verneinen. Letzterer Paragraph ist auch auf dauernde Zustände, wie die Homosexualität anzuwenden, wenn nur die durch den dauernden krankhaften Zustand bewirkte Unzurechnungsfähigkeit eine vorübergehende ist.

2. *Franz Leonhard, Beweislast 305 ff.: Die Beweislast für die Geschäftsfähigkeit trägt der Kläger, der sich auf das Geschäft stützt.

§ 104. Ziff. 2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 629: Die Gegenüberstellung von § 104 Ziff. 2 und 3 mit § 6 Ziff. 1 ergibt, daß jemand geisteskrank und infolgedessen geschäftsunfähig sein kann, ohne daß er deshalb entmündigt werden müßte. Der Umstand, daß eine Entmündigung aufgehoben worden ist, steht deshalb der Annahme der Geschäftsunfähigkeit nicht entgegen.

§§ 107, 108. OLG. 8 329 (Hamburg), HansGerZ. **04** Beibl. 64: Die allgemeinen Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit betreffen auch die Verlöbniserklärungen Minderjähriger (vgl. IDR. **2** Ziff. 1 und 2 zu § 1297).

§ 111. 1. Zustimmung bei empfangsbedürftigen Geschäften (vgl. IDR. **2** Ziff. 1 zu § 111, Ziff. 1 zu § 1398, Ziff. 3 zu § 1398).

*Schmid, ThürBl. **50** 248 ff.: Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek ist ein einseitiges Rechtsgeschäft (nach dem partikularen Rechte des Großherzogtums Sachsen (Pfandgesetz § 63) sowohl wie nach Reichsrecht.

Daraus folgt die durch nachfolgende Genehmigung nicht zu hebende Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts in folgenden Fällen:

a) Wenn es von dem über 7 Jahre alten Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommen wird (§ 111 BGB.).

b) Wenn es von einer wegen Geistesschwäche oder Verschwendung entmündigten, oder gemäß § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft gestellten Person ohne diese Einwilligung vorgenommen wird (§ 114 BGB.).

c) Wenn es von der Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemanns vorgenommen wird (§ 1398 BGB.).

d) Wenn es von dem gesetzlichen Vertreter ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommen wird (§§ 1821, 1831 BGB.).

➳ Der Aufsatz behandelt, wie eine Reihe anderer des gleichen Verfassers in dieser Zeitschrift, das Weimarische Immobiliarrecht, streift aber gelegentlich die in dieses eingreifenden reichsrechtlichen Normen. ⇜

2. Satz 2. *Betzinger, Beweislast (2) 14, 153: Trotz der Fassung „wenn . . . nicht" liegt hier nicht ein negativer Tatbestand (welchen das BGB. überhaupt tunlichst vermeidet), sondern eine Gegennorm vor, deren Beweis dem Gegner (d. h. dem die Unwirksamkeit bestreitenden) obliegt. — Ebenso bei §§ 174[1], 359[1], 360.

§ 112. BayObLG. **5** 227: Die Abweisung des Gesuchs des Vaters um Ermächtigung seines minderjährigen Kindes zum selbständigen Betrieb eines technischen und kaufmännische Kenntnisse erfordernden Erwerbsgeschäfts wird hinreichend durch die Erwägung begründet, daß es dem Kinde an der zu dem Geschäftsbetrieb erforderlichen Befähigung fehlt (229).

§ 113. Soweit der gesetzliche Vertreter oder das Vormundschaftsgericht eine generelle Ermächtigung erteilen darf (§§ 1825, 1822 Ziff. 8—10), kann dies auch dem Minderjährigen gegenüber geschehen. Düringer-Hachenburg I 15 gegen Cosack, Handelsr. 61, Planck zu § 112 Note 3, wo auf Volljährigkeitserklärung als Aushilfe hingewiesen wird.

§ 114. 1. Über die von einem unter vorläufiger Vormundschaft stehenden Reichsangehörigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters im Auslande geschlossene Ehe und die Rechtswirkung einer späteren definitiven Entmündigung handelt **RG.** Gruchots Beitr. **48** 108 ff.

2. BAH. **36** 11 ff.: Ein wegen Trunksucht entmündigter Mann, der sich, den Anordnungen des Vormundes und dem Wunsche seiner Frau folgend, in eine Trinkerheilanstalt begeben hat, ermangelt nicht notwendig der freien Selbstbestimmung bei der Wahl des Aufenthaltsorts.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist hinzuweisen auf Manigk, der wie früher (vgl. z. B. JDR. **1** Ziff. 3c vor § 104) zum Wesen des Rechtsgeschäfts, jetzt zum Begriffe der Willenserklärung beachtenswerte Ausführungen bringt. Die kleine Schrift von Pestalozza, die, ausgehend von den verschiedenen Arten der reservatio mentalis des Kirchenrechts, auf das Wesen der Mentalreservation des BGB. tiefer eingeht, gelangt zu interessanten, von der alltäglichen Auslegung abweichenden Ergebnissen. Für den § 126 sind von Bedeutung die Abhandlungen von Riezler und Lehmann, der Auslegung des § 130 förderlich sind vor allem die Ausführungen von Titze. — Auffallend reichhaltig ist die Judikatur zu den §§ 119, 123, 138; hier ist das menschliche Leben und der geschäftliche Verkehr so vielgestaltig, daß stets neue Fragen auftauchen, ehe die alten eine durchdringende einwandsfreie Beantwortung gefunden haben. Nur kurz mag hier noch auf die charakteristische Entwickelung der Rechtsprechung des RG. in der Frage der Entgegennahmeverpflichtung dessen, der einen Vertragsantrag mit Fristsetzung für die Annahme desselben erklärt hat, hingewiesen werden. Ob das RG. in der Entsch. vom 13. 7. 04 hinsichtlich der Annahme eines Verschuldens nicht doch zu weit gegangen ist, dürfte zum mindesten zweifelhaft sein.

Zu §§ 116 ff. I. Wesen der Willenserklärung (vgl. JDR. 2 Ziff. I zu § 116 ff. und besonders Manigk, JDR. 1 Ziff. 3 vor § 116).

Zum Begriffe der Willenserklärung sowie zur Erklärungs- und Willenstheorie vgl. *Manigk in der Kantfestschrift der Universität Königsberg (1904) 145 ff., besonders 156 ff.: Eine Äußerung innerer juristischer Tatsachen, insbesondere des Geschäftswillens darf nicht deswegen gefordert werden, damit letzterer dadurch prozessual erweislich sei. Einmal kennt das BGB. eine Reihe innerer Tatsachen, die als solche erheblich und wirksam sind (guter Glaube, Kenntnisse, Wissen u. a.). Dann aber ist auch zu beachten, daß auch für nicht von Dritten wahrgenommene, äußere Tatsachen zuweilen nur der Parteieid als Beweismittel übrig bleibt (Fund einer verlorenen Sache, Entdeckung eines Schatzes, und vor allem mündliche Erklärungen an den Gegner ohne Zeugen). Die Willenserklärung erfolgt nur für einen anderen (160), also aus einem natürlichen, materiellen Grunde, nicht aus prozessualen Rücksichten. Das BGB. sieht die Willenserklärung lediglich als Erkenntnisquelle an. Unrichtig also Kohler, Iherings J. 16 92 ff. Das BGB. geht bei der Auslegung der Willenserklärung von der Erklärung aus, aber nur, weil es normalerweise damit rechnet, daß der Handelnde das, was er wirklich beabsichtigt, auch ebenso zum Ausdrucke bringt. Das BGB. sieht also in der Erklärung nicht die vom inneren Willen losgelöste Objektivierung. Vielmehr geht es, falls anormalerweise der Handelnde innerlich etwas anderes gewollt hat, auf diesen inneren Willen zurück, da dieser allein der Erklärung Leben und Geltung verleiht. Daher die in den §§ 116 ff. BGB. statuierte Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Willenserklärung (Manigk 161 ff.).

II. *Rosenberg AzivPr. 94 24: Das Auseinanderfallen von Wille und Erklärung muß diejenige Partei beweisen, die aus diesem Grunde an den Vertrag nicht gebunden zu sein behauptet.

III. *Franz Leonhard, Beweislast 309 ff.: Soweit der Wille erforderlich ist, ist er vom Kläger zu beweisen.

§ 116. Graf von Pestalozza, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB. Ein Beitrag zur Lehre von den Willenserklärungen. München 1904.

Pestalozza will denjenigen Begriff der Mentalreservation feststellen, der dem § 116 zugrunde liegt. Er legt zuvor den Begriff der Mentalreservation im ursprünglichen, theologischen Sinne klar, geht dann auf den Begriff in der juristischen Literatur über und gelangt für das BGB. zu folgendem Ergebnisse:

Irrig ist die von der Literatur allgemein aufgestellte Behauptung, im Falle des § 116 werde etwas als gewollt erklärt, was in Wirklichkeit nicht gewollt sei; denn § 116 lautet nicht: Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende dem Erklärungsempfänger vorenthält, daß er das Erklärte nicht will, sondern, weil der Erklärende sich vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen (48). Der Vorbehalt hat keinen anderen Zweck, als den: sich die Möglichkeit eines späteren, beliebigen Entschlusses zu erhalten und zwar die rechtliche Möglichkeit, das „Recht" zu einem späteren beliebigen Entschlusse (49), es wird mithin durch ihn die rechtliche Gebundenheit an das Wollen des als gewollt Erklärten hinten angehalten. Es ist weiter die von einem Teile der Literatur aufgestellte Behauptung, im Falle des § 116 bestehe eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung insofern, als die Rechtsfolgen nicht gewollt seien, deshalb als falsch zu bezeichnen, weil sie ein zwar mögliches, aber unwesentliches Moment als wesentlichen Teil des Gesamttatbestandes ausgibt (50). Der gesetzliche Wortlaut des § 116 Satz 1 ist demnach dahin zu umschreiben:

Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende bei Abgabe der Erklärung durch einen bloßen Willensakt sich das Recht zu erhalten

sucht, das, was er jetzt als gewollt erklärt, beliebig später nicht zu wollen, dabei aber dem Interessenten diesen Vorbehalt verschweigt, um ihn glauben zu machen, daß die Erklärung ohne den Vorbehalt abgegeben sei (51/52).

§ 117. 1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft (vgl. IDR. 2 Ziff. 2 zu § 117).

a) **RG. 57** 177, JW. **04** 197: Die Gültigkeit eines sogenannten fiduziarischen Geschäfts, mittels dessen pfandrechtliche Zwecke durch Einräumung des Eigentums erreicht werden sollen, folgt für das BGB. aus § 223 Abs. 2, in welchem ausdrücklich von der Übertragung eines Rechtes zur Sicherung eines Anspruchs die Rede ist. Ebenso erachtet auch **RG.** VII. 22. 4. 04, JW. **04** 355, den Sicherungskauf für eine durchaus zulässige Rechtsform, mittels deren die Parteien auf anderem rechtlichen Wege, aber im wesentlichen mit demselben wirtschaftlichen Erfolge das erreichen können, was im Wege der Verpfändung herbeizuführen, ihnen das Gesetz verwehrt. Bei diesem Wesen des Sicherungskaufs kann in der Regel der Umstand nicht ins Gewicht fallen, daß während des zunächst nur vorübergehend gedachten Eigentums des Käufers dieser zur eigenen Verwendung der Sachen keine Gelegenheit hat.

Auch **RG.** JW. **04** 499 ff., DJZ. **04** 1041 geht davon aus, daß fiduziarische Geschäfte im modernen Verkehrsleben in vielfachen Erscheinungsformen, bald zu erlaubten, bald zu unerlaubten Zwecken auftreten, so daß ihnen Rechtsschutz bald zu gewähren, bald zu versagen sei.

b) **RG. 55** 391: Das ernstlich im Sinne einer bindenden Abtretung von Forderungen vorgenommene fiduziarische Geschäft kann nicht deswegen in Frage gestellt werden, weil die Kontrahenten angeblich damit andere wirtschaftliche Zwecke verfolgt haben, als die mit der Zession vermögensrechtlicher Ansprüche gewöhnlich verbundenen (392). Ebenso auch KG., KGBl. **04** 96 ff.

KG., KGJ. **27** B 43: Von den Scheinverträgen verschieden sind die Verträge, die mit der Abrede verbunden sind, daß der eine Teil von dem ihm eingeräumten Rechte keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch machen solle, wie die zum Zweck der Sicherheitsbestellung erfolgten Eigentumseintragungen. Verträge dieser Art sind, wenn ernstlich gemeint, gültig.

2. **RG.** R. **04** 600: „Handeln zum Schein" ist zu unterscheiden vom „Handeln durch eine vorgeschobene Person". Letzteres hat mit dem Scheingeschäfte nichts zu tun.

OLG. Marienwerder, R. **04** 75: Der Schuldner einer abgetretenen Forderung kann dem neuen Gläubiger den Einwand der Simulation der Abtretung, daß nämlich das Gläubigerrecht nicht übergehen sollte, nur dann entgegenhalten, wenn er ein eigenes Interesse an der Geltendmachung des Einwandes hat. Dieses Interesse kann ein prozessuales sein, wenn z. B. die Abtretung in der ausgesprochenen Absicht erfolgt ist, daß der bisherige Gläubiger in dem demnächst gegen den Schuldner anzustrengenden Prozeße als Zeuge auftreten kann. Ebenso LG. Breslau, BreslAK. **04** 39.

§§ 119 ff. 1. *Kuhlenbeck, Verhältnis des BGB. zum Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. **4** 10 ff.: Für das Recht der Versicherten, die in vorbehaltloser Entgegennahme der Police zu findende Genehmigung der in ihr enthaltenen Bedingungen anzufechten, kommen ergänzend die §§ 119, 120, 121, 122 BGB. in Frage.

2. Sellner, SeuffBl. **69** 28 ff.:

a) Ein Vergleich kann wie jeder andere Vertrag wegen Irrtums nach den §§ 119, 120, 121 BGB. angefochten werden (vgl. IDR. **2** Ziff. I 5 zu § 119 und Ziff. 1 zu § 779).

b) Verhältnis des § 119 zu § 779: Erklärt eine Partei bei dem Vergleichsabschlusse, daß sie eine Tatsache für feststehend erachte, und wird dies

von der Gegenpartei nicht bestritten, so tritt bei gegenteiliger Sachlage Unwirksamkeit nach § 779 ein; Anfechtung nach § 119 kommt nicht in Frage. Erachtet eine Partei eine Tatsache für feststehend, ohne dies zu erklären, so kommt weder § 779 noch § 119 zur Anwendung und zwar letztere Bestimmung nicht, weil ein Irrtum im Motiv vorliegt. Sellner 37.

3. Darüber, daß zur Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums nicht die Unkenntnis des Rechtssatzes genügt, nach welchem die Ungewißheit eines Anspruchs, über dessen tatsächliche Grundlage kein Irrtum bestand, zu beseitigen gewesen wäre, **RG.** Gruchots Beitr. **49** 106 ff.

§ 119. I. Wirkung der Anfechtung auf das dingliche Rechtsgeschäft.

1. *Nissen, JW. **04** 348 ff.: Beim Kreditkaufe vermag der Irrtum in der Zahlungsfähigkeit des Käufers neben der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts auch diejenige des Erfüllungsgeschäfts, der Einigung, zu Wege zu bringen, wenn das letztere im Einzelfalle bedingt ist durch die Geltung des Kausalgeschäfts oder mit dem in Frage kommenden Teile des Kausalgeschäfts, der Kreditgewährung, zu einem einheitlichen Rechtsgeschäfte verbunden ist. Ein Fall der ersteren Art ist allemal die Tradition behufs eines erst abzuschließenden Geschäfts. Von diesen Fällen abgesehen, vermag der bezeichnete Irrtum die Nichtigkeit der Einigung dann zu begründen, wenn er durch die Arglist des Anderen hervorgerufen ist.

2. *Kaufmann, JW. **04** 349 ff.: Die Anfechtung des Kausalgeschäfts wegen Willensmangels hat in den Fällen des Betrugs und der widerrechtlichen Drohung stets auch die Nichtigkeit der dinglichen Einigung zur Folge. In den Fällen des Irrtums hat die Anfechtung des Kausalgeschäfts die Nichtigkeit der dinglichen Einigung dann zur Folge, wenn

a) der die Anfechtung begründende Irrtum zugleich ein Irrtum über den Inhalt des dinglichen Geschäfts ist, oder

b) das Kausalgeschäft mit der dinglichen Einigung ein einheitliches Rechtsgeschäft bildet (§ 139).

II. Abs. 2. 1. *Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf 1 ff., insbesondere 17 ff., 20, 38: Irrtum über wesentliche Eigenschaften liegt vor, wenn infolge Fehlens der vorgestellten oder infolge Vorhandenseins der nicht vorgestellten Eigenschaften die Sache für den Käufer unannehmbar wird, derart, daß sie für ihn auch um das billigste Geld, selbst nicht einmal geschenkt zu seinem Zwecke oder zu seinen Zwecken brauchbar wird. Der Käufer muß nachweisen, welchen Zweck er bei dem Erwerbe verfolgte, daß er nur den angegebenen oder nur die angegebenen Zwecke verfolgte. Jede von ihm nicht widerlegte Möglichkeit, die Sache auch noch zu einem anderen als dem angegebenen Zwecke zu gebrauchen, schließt die Anfechtung aus. Insbesondere ist eine sichere Gegenprobe, ob die Sache für den Käufer für einen geringeren Preis annehmbar gewesen sein würde. Geminderte Brauchbarkeit gibt kein Anfechtungsrecht, sondern nur völlige Unannehmbarkeit. Wo den Interessen des Käufers mit einer bloßen Minderung des Kaufpreises gedient wäre, kann er nicht anfechten. Für den Viehkauf ergibt sich, daß auch Mängel, aber nur Nichthauptmängel zur Anfechtung berechtigen, wenn durch sie die Ware für die Zwecke des Käufers unannehmbar wird. Die Anfechtung ist bei grobfahrlässigem Irrtume des Käufers ausgeschlossen, weil sie gegen § 826 verstößt. Krückmann a. a. O. 29 f.

2. R. Behrend, Goldschmidts Z. **55** 66, handelt über die Bedeutung des Abs. 2 für die Anzeigepflicht beim Abschlusse des Versicherungsvertrags.

3. Hirsch, WürttZ. **16** 135 ff., vertritt ebenso wie Breucha (JDR. **2** Ziff. III 5) die Ansicht, daß ein Viehkauf wegen heimlicher Mängel des Tieres auf Grund Irrtums im Sinne des Abs. 2 § 119 im allgemeinen nicht anfechtbar sei, obwohl es sich nach ihm — abweichend von Breucha — bei den sog. Hauptmängeln von Haustieren um verkehrswesentliche Eigenschaften im Sinne des § 119 handelt. Der Käufer eines solchen Tieres, bei dem sich nachträglich herausstellt, daß es nicht fehlerfrei ist, habe sich nämlich in keinem Irrtume hinsichtlich des Nichtvorhandenseins von heimlichen Mängeln befunden (136), weil der Käufer nie genau wisse, daß das Tier mangelfrei sei. Stelle sich darum nachträglich der Mangel heraus, so verwirkliche sich nur etwas, was der Käufer vorher wußte, es bewahrheite sich nämlich die bereits zuvor im Bereiche des Möglichen vorhandene Tatsache, daß ein heimlicher Fehler zur Zeit des Vertragsschlusses (nur dieser Zeitpunkt, nicht der des Gefahrüberganges würde in Betracht kommen, Anm. 1 a. a. O. 138) vorhanden gewesen sei. Dem Fehlschlagen einer Hoffnung abzuhelfen, sei aber § 119 nicht geschaffen (137).

III. Aus der Praxis.

1. a) **RG.** **57** 270 ff., JW. **04** 298: Irrtum bildet keinen Grund zur Anfechtung eines rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs. Hier sind nur die §§ 195—197 KO. maßgebend.

b) GG. Hamburg, GG. **9** 156: Über den Inhalt einer Willenserklärung ist derjenige im Irrtum, der nicht weiß, daß sie einen Verzicht auf ein ihm zustehendes Recht enthält, und ihm deshalb von Nachteil ist.

c) GG. Stettin, GG. **9** 91, erachtet Hafenarbeiter für anfechtungsberechtigt, die in den Irrtum versetzt worden sind, auch ihre Mitarbeiter ständen gleichfalls wie sie nicht in Akkord-, sondern in Tagelohnarbeit.

d) Über den Irrtum im Motive **RG.** SächsA. **14** 72 übereinstimmend mit **RG.** JW. **03** Beil. 40, s. JDR. **2** Ziff. IV 1c zu § 119.

Irrtum im Beweggrunde rechtfertigt Anfechtung nicht. OLG. Marienwerder, PosMschr.. **04** 130.

Ebenso OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **24** 31 ff., wo ferner gesagt wird, daß auch der Rechtsirrtum, ein Vermächtnis könne nur unter Verzicht auf den Pflichtteil angenommen werden, nicht den Inhalt der Erklärung betreffe (33).

e) Inhalt der Erklärung: Hierunter ist nicht die äußere Zusammenfassung der Worte, sondern der innere Sinn der Wortgesamtheit zu verstehen. **RG.** SächsA. **14** 72.

2. a) OLG. **8** 421 (Hamburg): Eine Eigenschaft, deren ausdrückliche Zusicherung die Parteien für erforderlich halten, ist nicht im allgemeinen Verkehre wesentlich.

b) AG. Mühldorf, GG. **9** 11: Die Zugehörigkeit eines Arbeiters zu einer Gewerkschaft ist nicht eine solche Eigenschaft, die im Verkehre für wesentlich anzusehen ist.

c) OLG. Stuttgart, WürttZ. **16** 1 ff.: Umfang des Bierverbrauchs und Höhe des Mietertrags keine Wesenseigenschaft eines Hauses.

§ 120. Einen Fall unrichtiger Übermittelung einer Willenserklärung durch das Telegraphenamt behandelt OLG. **8** 22 (Braunschweig).

§ 121. 1. *Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag 69: Die Anfechtung der dinglichen Einigung des § 873 braucht erst zu erfolgen, wenn auf Grund derselben eine Eintragung erfolgt ist. Ebenso Bruck, Einigung im Sachenrecht; s. u. zu § 873.

2. **RG.** **57** 362, JW. **04** 196: Sind die Voraussetzungen des § 119 gegeben, so liegt es dem Anfechtungsgegner ob, darzutun und zu beweisen, daß und

wann der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat. Ebenso Planck (2) I 172 Bem. 4.

OLG. Stuttgart, R. **04** 103 Nr. 421: Von Kenntnis des Anfechtungsgrundes kann nur die Rede sein, wenn der Anfechtungsberechtigte über seinen Irrtum soweit aufgeklärt ist, daß er die erforderliche unbedingte Anfechtungserklärung abgeben kann.

3. Vgl. auch unten zu § 124.

§ 122. 1. *Kuhlenbeck, Verhältnis des BGB. zum Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. **4** 10 ff.: Das Vorhandensein einer Gefahr oder eines schutzwürdigen, rechtlich erlaubten Interesses ist nach § 64 Entw. Essentiale des Versicherungsvertrags, daher bei dessen Mangel Nichtigkeit und Anspruch auf negatives Vertragsinteresse (§§ 122, 179, 307 BGB.).

2. Abs. 2. **RG. 57** 87 ff.: Der § 254 BGB. findet in solchen Fällen keine Anwendung, in welchen wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 122 Abs. 2 eine Schadensersatzpflicht des Erklärenden auf Grund des Abs. 1 überhaupt ausgeschlossen ist (90). (Wird z. T. aus der Entstehungsgeschichte des § 254 gefolgert.)

§ 123. I. Abs. 1. a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 896 ff.: Der arglistig zum Vertragsschlusse Verleitete ist nicht auf Anfechtung des Vertrags unter Rückgewähr des Empfangenen beschränkt, er kann vielmehr auch bei dem Vertrage stehen bleiben und den ihm durch die arglistige Täuschung zugefügten Schaden ersetzt verlangen (901).

RG. R. **04** 600 Nr. 2583: Die Anfechtung eines Vertrags aus § 123 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anfechtende bei gehöriger Aufmerksamkeit seinen betrügerisch vom anderen hervorgerufenen Irrtum vermeiden konnte, daß er also fahrlässig handelte.

BayObLG., R. **04** Nr. 144: Der durch den Betrug des Verkäufers zur Vertragsschließung bestimmte Käufer verwirkt das Recht der Vertragsanfechtung, wenn er durch seine Schuld den Verkaufsgegenstand nicht mehr zurückgewähren kann, da bis zur Aufhebung des Vertrags die durch ihn entstandenen Verpflichtungen fortbestehen.

b) OLG. Braunschweig, DJZ. **04** 100: Die frühere Unterscheidung zwischen dolus causam dans und dolus incidens hat nach dem BGB. keine Bedeutung mehr. Vgl. Planck § 123 Anm. 2.

c) **RG. 57** 358 ff.: Die wegen eines durch arglistige Täuschung verursachten Irrtums erfolgte Erklärung der Anfechtung gilt, wenn die Anfechtung aus § 123 fallen gelassen ist, auch für die noch aufrechterhaltene Anfechtung aus § 119, zumal da schon die Geltendmachung der Einrede des Irrtums als Anfechtungserklärung erachtet werden kann (362). Vgl. auch **RG. 48** 218, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 143.

d) „Widerrechtlich durch Drohung."

RG. Gruchots Beitr. **48** 1128 ff.: Die Drohung mit einer Strafanzeige ist nicht die gesetzmäßige Ausübung eines Rechtes (1132).

e) **RG.** DJZ. **04** 866: Die uneheliche Mutter, die der Wahrheit zuwider versichert, daß sie in der Empfängniszeit mit keinem anderen Geschlechtsverkehr gehabt habe, als mit demjenigen, den sie als Vater ihres unehelichen Kindes in Anspruch nimmt, begeht mit dieser Ableugnung noch keine Täuschung, weil der Zuhälter keinen Rechtsanspruch darauf hat, daß ihm die Mutter zur Ablehnung seiner Verpflichtung behilflich sei. Aus diesem Grunde keine Anfechtung des Anerkenntnisses der Vaterschaft (867).

f) Betrug durch Stillschweigen.

α. Betrug durch Verheimlichung der Wertlosigkeit einer in Tausch gegebenen Hypothek.

SächsOLG. **25** 56 ff.: Betrug kann dann durch Stillschweigen begangen werden, wenn eine Pflicht zur Aufklärung besteht. Eine solche Pflicht ist stets dann begründet, wenn ein Kontrahent annehmen muß, daß die in Frage kommenden Umstände von entscheidender Bedeutung für die Entschließung seines Vertragsgegners über die Eingehung des Vertrags sind (59).

β. **RG.** SächsA. **14** 636: Der Betrug kann durch Verschweigen der Person des wirklichen Käufers begangen werden.

γ. OLG. 8 421 (Hamburg): Im bloßen Verschweigen der Vermögenslage beim Vertragsabschluß ist arglistige Täuschung nicht zu erblicken.

g) **RG.** VZS. 16. 5. 04, **57** 292 ff.: Die Eintragung in die Liste der Genossen einer eingetragenen Genossenschaft kann von dem Eingetragenen nicht mit der Behauptung angefochten werden, daß er zur Abgabe seiner Beitrittserklärung von der Vertretung der Genossenschaft durch Betrug bestimmt worden sei. Die Anfechtung der Eintragung auf Grund von Willensmängeln hinsichtlich der Beitrittserklärung ist sowohl den Gläubigern, wie der Genossenschaft gegenüber in gleicher Weise unstatthaft, wie auch bei der Zeichnung von Aktien die Behauptung, daß die Erklärung nicht ernstlich gemeint oder durch Irrtum, Betrug oder Drohung veranlaßt sei, keine Beachtung finden kann (297). Denn Zeichnung, wie die Erklärung des Beitritts zu einer schon angemeldeten Genossenschaft sind nicht reine Willenserklärungen, deren rechtliche Bedeutung sich in daraufhin entstehenden Vertragsrechten erschöpft, sondern im Rechtsverkehr öffentlich abgegebene Erklärungen, die Wirkungen auch hinsichtlich Dritter zu äußern bestimmt sind (299/300). Vgl. JDR. **2** Ziff. 3 zu § 2 GmbHG.

II. Abs. 2. Satz 1. **RG.** JW. **04** 232: Als „ein Dritter" erscheint nicht der Agent im Verhältnisse zur Versicherungsgesellschaft, insoweit es sich nicht lediglich um Dienste handelt, die dem Antragsteller geleistet werden (z. B. Beantwortung der im Antragsformular gestellten Fragen), sondern um eine Vertretung der Interessen der Gesellschaft gegenüber dem Antragsteller.

§ 124. Über die Anfechtung eines Grundstückskaufs wegen Täuschung und die Erfordernisse für den Beweis des Ablaufs der Anfechtungsfrist handelt **RG.** Gruchots Beitr. **48** 334 ff. — Die Beweislast für die Nichtrechtzeitigkeit der Anfechtung liegt dem Anfechtungsgegner ob (336). Vgl. auch **RG.** ZBlFrG. **4** 765.

§ 125. 1. *Traßl, BayNotZtg. **04** 183: Das Wesen eines die Gültigkeit eines Vertrags bedingenden gesetzlichen Formerfordernisses liegt darin, daß vor seiner Erfüllung der erklärte Wille nicht bindend ist und nur der im Augenblicke der Erfüllung vorhandene Wille entscheidet. Aus dem ersten Teile dieses Satzes folgt, daß das Gesetz die Erfüllung der in einem den gesetzlichen Formvorschriften nicht entsprechenden Vertrage übernommenen Verpflichtungen weder direkt noch indirekt dadurch erzwingt, daß es die Nichterfüllung zur Handlung wider Treu und Glauben stempelt. Der zweite Teil des Satzes bedingt, daß nur jene Vereinbarungen als Inhalt des Vertrags gelten können, welche nach dem im Augenblicke der Erfüllung des Formerfordernisses vorhandenen Willen der Parteien als Bestandteile des Rechtsgeschäfts gedacht sind, begrenzt in diesem Umfange den Formzwang und bildet den inneren Grund für die Rechtsvermutung, daß die Parteien schließlich über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist.

2. Aus der Praxis.

a) OLG. 8 85 (Dresden): Stellt das Gesetz ein Rechtsgeschäft unter eine besondere Form, so erstreckt sich das Formerfordernis auf alle von den

Beteiligten zu treffenden Bestimmungen und formlose Nebenabreden haben keine Gültigkeit.

b) **RG.** JW. **04** 55, 58: Für die Auslegung der formalisierten Willenserklärung gelten die allgemeinen Vorschriften, insbesondere die §§ 133, 157. Es können auch außerhalb der Willenserklärung liegende Umstände verwendet werden, so vor allem, wenn es sich um eine ungenügende Bezeichnung des Vertragsgegenstandes handelt.

c) **RG.** JW. **04** 55: Wer mündliche Vereinbarungen vor und bei Abschluß eines schriftlichen Vertrags gegen dessen Inhalt behauptet, hat darzulegen, daß entgegen der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Schrift auch das mündlich Besprochene habe gelten sollen. Der Zweifel, ob das mündlich Besprochene gelten soll, kann durch die Umstände ausgeschlossen werden, z. B. bei Erklärungen, die während der Niederschrift des Vertrags abgegeben, aber nicht aufgenommen werden (vgl. Neumann, Handausg. Ziff. IV zu § 125).

d) LG. Cleve, RheinNotZ. **49** 221 ff.: Das Protokoll über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft beurkundet die in der Versammlung abgegebenen Willenserklärungen, ist aber nicht selbst ein Rechtsgeschäft, so daß § 125 darauf keine Anwendung findet.

§ 126. 1. *Riezler, AzivPr. **95** 357 ff., stellt gegen die herrschende Meinung den Satz auf, daß, wo Schriftform vorgeschrieben ist, eine Blankettunterschrift nicht genügt. Die Blankettunterschrift kann den Wortlaut des § 126 nicht erfüllen, welcher voraussetzt, daß die Urkunde vom Aussteller durch Namensunterschrift unterzeichnet wird; zur Urkunde wird das Papier erst durch die Ausfüllung, auf ein leeres Blatt Papier kann man zwar eine Namensschrift, nicht aber eine Namensunterschrift setzen. Auch die Zwecke, welche das Gesetz mit der Aufstellung von Formvorschriften überhaupt verfolgt (die Form als Symptom für das Zustandekommen des Geschäfts und als Mittel zur Abhaltung von der Verwirklichung unbedachter Entschlüsse), würden bei Zulassung der Blankettunterschrift illusorisch werden. Ein Gewohnheitsrecht besteht nur zugunsten des Blankowechsels, dagegen nicht zugunsten der Blankettunterschrift überhaupt. Auch aus den Vorschriften der ZPO. über den Urkundenbeweis, insbesondere den §§ 416, 440 ist für die Zulässigkeit der Blankettunterschrift nichts zu entnehmen; § 416 setzt voraus, daß die Urkunde vom Aussteller unterschrieben ist, findet also im Falle der Blankettunterschrift gar keine Anwendung.

Es besteht angesichts einer unterschriebenen Urkunde nur eine (durch Gegenbeweis widerlegbare) Vermutung dafür, daß die Unterschrift unter den zur Zeit der Unterschriftsabgabe bereits vorhandenen Text gesetzt wurde; die Vermutung wird zwar nicht durch die ZPO. gerechtfertigt, insbesondere auch nicht durch § 440 Abs. 2, wohl aber durch den äußeren Anschein der Urkunde und durch die Gepflogenheit des geschäftlichen Verkehrs, in welchem die Textherstellung nach der Namenszeichnung nicht als der normale Vorgang, sondern als der Ausnahmefall erscheint.

Da die Blankettunterschrift keine den Anforderungen des BGB. an die Schriftform entsprechende „Unterschrift" ist, so kann sie auch nicht gemäß §§ 129 BGB., 183 FrGG. beglaubigt werden. Der durch die Erteilung der Namensunterschrift in blanco begründete Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform wird durch Erfüllung nicht geheilt. Wo die Notwendigkeit der Schriftform auf Rechtsgeschäft beruht, kann jedoch im Falle der Erfüllung die Nichtigkeit nicht mehr aus dem Grunde geltend gemacht werden, weil die Namenszeichnung in blanco gegeben wurde; nicht weil der Erfüllung als solcher heilende Kraft zukäme, sondern weil die Erfüllung (und ihre Annahme) hier

regelmäßig als stillschweigende Aufhebung der einmal getroffenen Vereinbarung der Formnotwendigkeit auszulegen sein wird.

2. *Lehmann, Die Unterschrift im Tatbestand der schriftlichen Willenserklärung, 1 ff.: a) § 126 BGB. bestimmt nichts darüber, ob mit der Vollendung der Urkunde die Erklärung abgegeben ist, sondern weist der Partei lediglich den Weg, wie sie den Inhalt ihres Willens zum allein beachtlichen Ausdruck bringen kann. Die materielle Bedeutung der Unterschrift wird am besten erkannt, wenn man sie für die Fälle prüft, in denen die Schriftform freiwillig gewählt ist. Dabei ergibt sich, daß die Unterschrift ein notwendiger Vollzugsakt des Parteiverhaltens ist. Sie ist bei der in Abwesenheit des Empfängers niedergeschriebenen empfangsbedürftigen Erklärung auch nie tatsächlicher Perfektionsakt (dies ist die Begebung der Urkunde), während sie das regelmäßig bei der in Anwesenheit des Empfängers abgegebenen empfangsbedürftigen und bei jeder nicht empfangsbedürftigen Erklärung ist. In allen Fällen ist die Unterschrift ferner normales Merkmal des juristischen Willens (der Geschäftsabsicht) und regelmäßiges Individualisierungsmoment für die Person des Erklärenden. Als weitere Funktionen der Unterschrift werden klargestellt die Funktion als Aneignungsakt fremdhändiger Zeichen, Abschluß des Gedankeninhalts der Erklärung, Wiederholung des im Kontexte der Urkunde Gesagten (1—35).

b) Durch Vergleichung der Anforderungen, die an die Unterschrift im formfreien schriftlichen Verkehre zu stellen sind (35—41), mit den Erfordernissen der Schriftform im § 126 BGB. ergibt sich als einziger Zweck der Erfordernisse des Namens und der Eigenhändigkeit: durch Vorschrift des tauglichsten Persönlichkeitszeichens in einer auf seinen Fertiger hindeutenden, äußeren Gestalt die Person des Erklärenden für die Allgemeinheit leicht und sicher kenntlich zu machen (47—56). Daraus ergeben sich u. a. nachstehende Folgerungen:

α. Grundsätzliche Notwendigkeit des bürgerlichen Familiennamens und zwar des zur Zeit der Zeichnung rechtmäßig zustehenden — Ausnahme nur zugunsten fürstlicher Personen und der Firma in den Grenzen des Handelsgesetzbuchs, nicht aber des Pseudonyms (56—83) —.

β. Ausnahmsloses Erfordernis der Namensunterschrift des Erklärenden, auch im Falle der Vertretung; bei Personenvereinigungen genügt nie der Verbandsname, auf dem Gebiete des Handelsrechts also nie die Gesellschaftsfirma (91—107).

γ. Notwendigkeit der Leserlichkeit und einer näher bestimmten Genauigkeit der Zeichnung.

➵ Gegen Josef, AzivPr. **94** 465—477, IDR **2** Ziff. 2: Wenn das Gesetz die Notwendigkeit des bürgerlichen Familiennamens grundsätzlich festsetzt, wie Josef annimmt, dann kann keine Rede davon sein, daß der Aussteller eine andere Unterschrift wie die seines Familiennamens gegen sich gelten lassen müsse, wenn die Ablehnung ihrer Wirksamkeit sich als Arglist darstellen würde. Die Arglist vermag keinen Unterschied zu begründen. Sie kann nie ein formwidriges Geschäft zu einem formgültigen machen, sondern höchstens zur Entkräftung eines formgültigen führen. Unrichtig ist ferner, daß der Gläubiger aus einer Urkunde, die der Gegner nicht mit seinem richtigen Familiennamen unterzeichnet hat, einen Anspruch auf Nachholung der Form habe — so Josef 471 —. Das wäre eine Negation des Wesens der Form ⟵.

c) Nach Bestimmung des räumlichen Verhältnisses der Unterschrift zum Texte wird die Zulässigkeit der Blankettunterschrift bejaht (107—116).

➵ Gegen Riezler, AzivPr. **95** 357 ff. — o. unter Ziff. 1 — ist zu bemerken:

α. Der Wortlaut des § 126 ist nicht entscheidend, empfiehlt sich sogar aus Gründen lebendiger, logischer Sprachtechnik.

β. Die Zwecke des Gesetzes stehen dem Nachfolgen des Kontextes nicht im Wege. Die Unterschrift ist eben nicht notwendig Perfektionsakt der Erklärung; den Schluß auf die Geschäftsabsicht läßt auch die zeitlich vorausgehende Unterschrift zu, und der juristische Wille ist beim Blankett nicht unbestimmter als bei der Unterzeichnung eines fertiggestellten Textes ohne Kenntnisnahme seines Inhalts.

γ. Die Zulässigkeit des Blankettierens war vor der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs allgemein anerkannt. Der Gesetzgeber hätte sich deutlicher ausdrücken müssen, wenn er die Blankettunterschrift hätte verwerfen wollen. ←

3. Über Begriff und Wesen der Urkunde vgl. den Bericht von Rietsch über Urkundenwissenschaft vor § 415 ZPO. und über Echtheit der Unterschrift vgl. denselben § 183 FrGG.

4. Aus der Praxis.

a) Namensunterschrift. **RG. 57** 67, JW. **04** 196: Die Namensschrift des Ausstellers auf der Urkunde muß Unterschrift sein; nicht aber ist erforderlich, daß die Unterschrift erst unter den fertigen Text gesetzt werde. Ferner sagt das **RG.** JW. **04** 468, FrankfRundsch. **38** 129 ff., daß die eigenhändige Namensunterschrift dadurch nicht wirksam hergestellt werde, daß der, der durch die Unterschrift wie durch seine Willenserklärung verpflichtet werden soll, sich zur Herstellung der Unterschrift der Hilfe eines anderen, dessen mechanischer Dienstleistung, bedient.

b) **RG. 57** 167, JW. **04** 242: Das für die Niederschrift verwendete Material — z. B. Bleistiftnotizen in einem im übrigen mit Tinte geschriebenen Wechsel — gestattet unter Umständen einen Rückschluß darauf, ob es sich um eine endgültige Niederschrift, oder um eine vorläufige Notiz handelt.

c) **RG. 57** 258, JW. **04** 232: Die vom Aussteller unterzeichnete, zur Erfüllung der Formerfordernisse bestimmte Urkunde muß zum mindesten den wesentlichen rechtlichen Inhalt der durch das Gesetz formalisierten Willenserklärung enthalten.

d) KGJ. **26** A 48: Die Aufnahme des Namens in den Text der Erklärung, wie „Ich N. N. erkläre . ." ersetzt nicht die erforderliche Unterschrift.

§§ 126, 127. Sames, DJZ. **04** 1180: Die gesetzliche Schriftform erfordert stets eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers auf der Urkunde; diesem Erfordernisse kann bei Benutzung des Ferndruckers nicht entsprochen werden. Dagegen kann eine Willenserklärung mittels Ferndruckers rechtsgültig abgegeben werden, sofern es sich um eine lediglich rechtsgeschäftliche Vereinbarung schriftlicher Form handelt.

§ 127. 1. *Lehmann, Die Unterschrift 116—126: Zur Wahrung der Form des § 127 genügt Übermittelung einer mündlichen Willenserklärung vermittels des Drahtwegs; bei „einem Vertrage" müssen die gewechselten Briefe im Zweifel eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden, nur Austausch gleichlautender Erklärungen ist überflüssig.

2. OLG. Hamburg, R. **04** 333: Ein vom Gegner erbetenes Bestätigungsschreiben bildet, sofern es ohne Widerspruch angenommen ist, eine im beiderseitigen Einverständnisse zustande gebrachte schriftliche Fixierung des Abkommens, deren Inhalt deshalb den mündlichen Beredungen vorgehen muß.

RG. FrankfRundsch., **04** 32 ff.: Zur Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform reicht Briefwechsel nicht aus, d. h. es soll nicht genügen, daß der rechtsgeschäftliche Wille der einen oder anderen Partei erst aus dem Zusammenhange mehrerer Schriftstücke erkennbar wird, sondern es soll dieser Wille sich unmittelbar aus demjenigen Schriftstücke ergeben, durch dessen Abfassung der Form genügt werden soll (37).

§ 128. KGJ. 25 A 11: In Fällen, in denen gerichtliche oder notarielle Beglaubigung im Gesetze verlangt wird, genügt nicht die Beglaubigung durch eine landesgesetzlich, gemäß FrGG. § 191 bestimmte Stelle.

§ 129. *Lehmann, Die Unterschrift 126—134: Blankettbeglaubigung ist zulässig; eigenhändige Namensunterschrift nötig.

§ 130. Literatur: Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, Iherings J. 47 379—466.

I. *Titze a. a. O. 379 ff.: 1. a) Bei der Frage, was unter Zugehen zu verstehen ist, m. a. W. in welchem Zeitpunkt es sich vollendet, müssen auseinandergehalten werden die Fälle der schriftlichen Willenserklärung, die Fälle der mündlichen Willenserklärung und die Fälle von Behörden gegenüber abzugebenden Willenserklärungen.

b) Eine schriftliche Willenserklärung ist in dem Momente zugegangen, wo das sie enthaltende Schriftstück dergestalt in den Besitz des Adressaten gelangt ist, daß dieser unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalte Kenntnis nehmen kann (a. a. O. 387).

c) Aus dieser Definition ergeben sich u. a. folgende Konsequenzen: Im Falle der Annahmeverweigerung kann von einer Vollendung des Zugehens keine Rede sein (387 ff.); kommt das Schriftstück früher, als bestimmt war, in die Hände des Destinatärs, so ist es in diesem früheren Zeitpunkte zugegangen (393 ff.); Erklärungen, die von ihrem Urheber als schriftliche gedacht waren, vom Boten aber als mündliche überbracht werden, sind nicht zugegangen (397 f.); Briefe, die dem Adressaten von der Post an ein entferntes Reiseziel nachgeschickt werden, sind ihm erst in dem Momente zugegangen, wo sie auf Grund der Nachsendung in seine Hände gelangen (398 f.). Schriftstücke, die postlagernd ankommen, gehen erst in dem Momente zu, wo sie der Adressat vom Postamt abholt (403 ff.). Wegen des Schließfachs vgl. 406 daselbst; wegen der sogen. Ablieferungsscheine 407 ff. — Briefe, die auf anomale Weise in den Besitz des Adressaten gelangen, sind ihm erst in dem Momente zugegangen, wo er sie findet (410 ff.); Briefe, die einem Pakete beigelegt werden, sind dann gleichzeitig mit der Ankunft des Pakets zugegangen, wenn der Absender des Pakets mit der sofortigen Öffnung seitens des Adressaten rechnen durfte (415 ff.). Wegen der Einzelheiten bei der Briefbestellung in die Wohnung bzw. in das Geschäftslokal des Adressaten vgl. 419—434; wegen des Briefkastens 434—438. Bei Briefen, die in einen Gasthof bestellt werden, ist zu unterscheiden, ob sie vor oder nach der Ankunft des Reisenden daselbst abgegeben werden: ersterenfalls sind sie erst mit der Ankunft des Reisenden, letzterenfalls sofort mit der Abgabe an die Bediensteten des Hotels „zugegangen". Bei der Bestellung in Gefängnisse, Krankenhäuser, Kasernen usw. vollendet sich das Zugehen erst, wenn das Schreiben dem Adressaten selbst übergeben worden ist (443 ff.).

2. Hat der Adressat durch sein Verhalten die Vollendung des Zugehens verzögert und ist dem Absender daraus ein Schaden erwachsen, so kann jener diesen Schaden nur bei vorhandener Arglist des Empfängers ersetzt verlangen (465 f.). Nur wenn der Schaden des Absenders in einer Fristversäumnis besteht, kann letzterem, und zwar nach Analogie der für den Annahmeverzug geltenden Grundsätze, in weiterem Umfange geholfen werden. Ist nämlich eine befristete Willenserklärung ordnungsmäßig abgegeben, ihr rechtzeitiges Zugehen aber aus Gründen gescheitert, die in der Person des Adressaten liegen, so muß dieser die Willenserklärung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie ihm erst angemessene Zeit nach Fristablauf zugeht. Es tritt hier also zugunsten des Absenders eine Fristverlängerung ein (445—463). Wegen einer etwa notwendigen Fristverkürzung vgl. 464.

II. *Joerges, Fernsprechverkehr, Goldschmidts Z. **56** 73/74: Die rechtswidrig am Zugehen verhinderte Willenserklärung steht nicht der zugegangenen gleich, sondern die Verhinderung des Zugehens kann nur nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzfolgen äußern. Telephonische Willenserklärungen, die Hausgenossen des Teilnehmers für diesen zugesprochen werden, sind diesem nur dann und nur so zugegangen, wie sie von den Hausgenossen gemeldet werden.

III. *Rosenberg, AzivPr. **94** 27: Das Zugehen des Widerrufs muß der die Wirksamkeit der Willenserklärung Bestreitende beweisen.

IV. Aus der Praxis.

a) **RG. 56** 263, JW. **04** 53/54: Eine in der Wohnung des Empfängers abgelieferte, schriftliche Annahmeerklärung wird in der Regel auch bei Abwesenheit des Empfängers als zugegangen anzusehen sein (vgl. **RG. 50** 191, JDR. **1** 78 — wo irrtümlich 151 angegeben —). Stets ist aber ein Erfordernis des „Zugehens", daß der Adressat in die Möglichkeit versetzt wird, die Erklärung in Erfahrung zu bringen. Eine Willenserklärung ist demnach nicht zugegangen, wenn der Postbote den sie enthaltenden eingeschriebenen Brief deshalb nicht bestellen konnte, weil in der als Bestellungsort bezeichneten Räumlichkeit, in welcher der Empfänger als Angestellter eines Geschäftsinhabers tätig ist, weder der Adressat noch ein Bevollmächtigter desselben angetroffen wurde (264).

b) Hinsichtlich der Frage, ob eine Entgegennahmeverpflichtung dessen bestehe, der einen Vertragsantrag mit Fristsetzung für die Annahme desselben erklärt habe, meint das RG. in der Entscheidung vom 24. 11. 03 (**56** 262 ff.) noch, daß eine solche Verpflichtung nur für den einzelnen Fall bei entsprechender Sachlage Billigung finden könnte. Weiter geht das RG. in einer neueren Entscheidung vom 13. 7. 04 (DJZ. **04** 1091, JW. **04** 481). Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, handelt dann gegen Treu und Glauben, wenn er zum Nachteile des andern aus seinem Verschulden einen Vorteil herleiten will. (So auch schon RG. 29. 4. 04, JW. **04** 337.) Ein Verschulden aber erblickt das RG. bereits darin, daß derjenige, der ein Vertragsangebot macht und infolgedessen damit rechnen muß, daß der andere Teil seine Annahmeerklärung durch eingeschriebenen Brief sendet, nicht dafür sorgt, daß in der erheblichen Zeit in seiner Wohnung eine Person anwesend ist, an die nach der Postordnung ein eingeschriebener Brief bestellt werden kann. Es wird sodann § 162 hier analog angewandt.

§ 131. 1. *Titze, Iherings J. **47** 381 f.: Der § 131 verlangt grundsätzlich Geschäftsfähigkeit, nicht bloß Erkenntnisfähigkeit des Erklärungsempfängers.

2. *Titze, Iherings J. **47** 455 f. und 458 f.: Geht eine Willenserklärung, die an eine bestimmte Frist gebunden ist, rechtzeitig einem Geschäftsunfähigen, aber verspätet dessen gesetzlichem Vertreter zu, so hängt die Frage, ob die Willenserklärung wirksam ist oder nicht, davon ab, ob die Geschäftsunfähigkeit des Adressaten bereits zur Zeit der „Abgabe" der Willenserklärung bestand, oder ob sie erst in der Zeit zwischen „Abgabe" und „Zugehen" der Willenserklärung eingetreten ist.

§ 132. *Neumiller, SeuffBl. **69** 564: Die bayerischen Notare sind zur Vermittelung der Zustellung an Stelle eines Gerichtsvollziehers nicht befugt, insbesondere nicht zum Ersuchen an die Post. Wohl aber sind sie zuständig zur Beurkundung des Vorganges bei Abgabe der Willenserklärung dem Dritten gegenüber.

§ 133. 1. *Danz, DJZ. **04** 663: Die Bestimmung des § 133 kommt bei letztwilligen Verfügungen rein zur Anwendung. Hat der Erblasser in irgend einer Weise zu erkennen gegeben, welchen wirtschaftlichen Zweck er verfolgt, so sind die Worte, mögen sie auch dem gemeingewöhnlichen Gebrauche gar nicht entsprechen, in dem Sinne zu deuten, daß sie diesen Zweck erreichen.

2. Aus der Praxis.

a) **RG. JW. 04** 197: Auch Konkurrenzklauseln unterliegen den gewöhnlichen Vertrags-Auslegungsregeln.

b) **RG. 56** 412: Die Einkleidung einer Willenserklärung in eine höfliche Form, wie „ich bitte", „ersuche" ꝛc. schließt rechtsgeschäftliche Wirkungen nicht aus, wenn nur dieser Sinn genügend ersichtlich ist.

c) **RG.** SeuffA. **59** 89: Bei der Auslegung von Verträgen besteht nicht die Vermutung, daß die Vertragschließenden die Gesetze kennen.

d) **RG. JW. 04** 356: Haben die vertragschließenden Parteien eine übereinstimmende Erklärung darüber abgegeben, in welchem Sinne eine bestimmte Vorschrift des schriftlichen Vertrags zu verstehen sei, so bindet diese den Richter für die Auslegung der Vertragsbestimmung unter der Voraussetzung, daß in dem gewählten Ausdrucke der behauptete Sinn gefunden werden kann.

e) Über einen Fall, in dem Schweigen als Genehmigung vertragswidrigen Verhaltens anzusehen war, weil nach Treu und Glauben Widerspruch erwartet werden mußte, handelt **RG. JW. 04** 286.

3. Vgl. o. Ziff. 2b zu § 125.

4. Siehe auch u. zu § 157.

§§ 134 ff. Franz Leonhard, Beweislast 312 ff.: Die Zulässigkeit des Geschäftsinhalts ist vom Kläger zu beweisen.

§ 134. 1. Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 24: Nichtig ist auch die Veräußerung von Sachen, welche einen besonderen wissenschaftlichen historischen oder Kunstwert haben, gegen das Verbot der §§ 16, 30 des ZuständigkeitsG. v. 1. 8. 83. Auch hilft dem Erwerber sein guter Glaube nicht, da dieser nur bei einem Irrtum über das Eigentum nützt. Dagegen hat die nachträgliche Zustimmung des Regierungspräsidenten rückwirkende Kraft.

2. Aus der Praxis.

a) **RG. 58** 71, **JW. 04** 393, HansGerZ. **04** Beil. 271: Übertragung von Pfandforderungen der öffentlichen Pfandleiher als Verstoß gegen die §§ 34, 38 GewO.

b) **RG.** ElsLothrJZ. **29** 192: Die Vereinbarung, daß über einen Rechtsstreit ein bestimmtes Gericht endgültig, unter Ausschluß von Rechtsmitteln entscheiden solle, verstößt weder gegen § 134 noch gegen § 138.

c) OLG. Dresden, SächsA. **14** 400: Die in der Absicht der Vereitelung der Befriedigung eines Gläubigers erfolgte Forderungsabtretung verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot.

d) **RG. 56** 229 ff.: Der § 241 KO. ist kein die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts begründendes Verbotsgesetz. Deshalb ist ein Rechtsgeschäft wegen Zuwiderhandelns beider Vertragsteile gegen diese Strafbestimmung weder aus § 134 noch aber aus § 138 nichtig (230).

e) Vgl. auch unten § 138 Ziff. 6.

§ 135. OLG. Breslau, R. **04** 164: Gesetzliche Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter Personen sind die Verfügungsbeschränkungen des Erben in den §§ 2033, 2211 BGB.

OLG. 8 401 (Hamburg): Der § 90 des Privatversicherungsgesetzes vom 12. 5. 01 enthält ein Veräußerungsverbot des § 135, nicht des § 137 BGB.

§ 137. OLG. Hamburg, ZBlFrG. **5** 254 ff.: Zulässig ist die Eintragung eines Vermerkes im Grundbuche, daß über eine Grundschuld nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts für Privatversicherung verfügt werden dürfe.

§ 138. 1. Kartelle. (JDR. **2** Ziff. 2.)

a) *Rundstein, Das Recht der Kartelle 62 ff.: Im allgemeinen verstoßen die Kartelle gegen die guten Sitten nicht. Sollte aber ein Verstoß angenommen

werden, so muß nicht nur die bei der Kartellgründung maßgebende Absicht (Motive), sondern auch die tatsächliche Betätigung der Organisation geprüft werden.

Sind also die Kartelle rechtsverbindlich, so steht auch den Teilnehmern kein freies Rücktrittsrecht zu. Rundstein a. a. O. 66, 67.

Demnach sind auch die in den Kartellen vorkommenden Konkurrenzverbote gültig, wenn sie die Bewegungsfreiheit der Kontrahenten nicht unangemessen beschränken und örtlich, zeitlich, gegenständlich begrenzt sind.

b) *Rundstein, Die Konkurrenzverbote in den Kartellverträgen, AbürgR. **25** 96, 97, 100. Die Verpflichtungen zum ausschließlichen Verbandsverkehre sind rechtsverbindlich (a. a. O. 107 ff.).

2. Friedländer, SeuffBl. **69** 208: Wider die guten Sitten verstößt es, wenn sich der Baukapitalist unter dem Namen Baukapital eine Forderung versichern läßt, die mit dem Baue nicht das Geringste zu tun hat, und wenn er hierdurch die Geschäftsleute in den Glauben versetzt, es werde wirklich das Baukapital in der angegebenen Höhe ausbezahlt.

3. *Gieseker, Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre 139 ff.: Gewisse Geheimhaltungsverträge sind, weil die persönliche Freiheit zu sehr bindend, nichtig (142, vgl. unten zu BGB. § 241). Umgekehrt ist aber der Verzicht des Individualberechtigten auf die Unverletzlichkeit seiner Geheimsphäre — in ihrer Totalität oder in gewissen Teilen — unter Umständen, weil die Persönlichkeit zu sehr beschränkend, unsittlich und daher nichtig; so z. B. der Vertrag, einem Dritten meine geheime, noch nicht patentierte Erfindung mitzuteilen, ihm meine Briefe, Tagebücher, mein neuestes Manuskript zu lesen zu geben; oder der Vertrag, durch den ich mir einen Sittenkontrolleur bestellt, mich binde, einen Vortrag über mein Privatleben zu halten, rc. (188 ff.). Bezüglich letztwilliger Verfügungen über Unverletzlichkeit von Geheimnissen des Erblassers vgl. 83 f., 149. — Unsittlich und nichtig ist auch jeder Vertrag, in dem ich mich verbinde zu einer widerrechtlichen Indiskretion gegen Dritte; das Nähere s. unten zu BGB. §§ 823, 826.

4. Marcus, DJZ. **04** 307, 308: Begünstigungsabreden zwischen Gläubiger und Schuldner im Hinblick auf einen geplanten außergerichtlichen Akkord sind unsittlich und demgemäß nichtig.

5. *Pohl, Die juristische Natur des Bierlieferungsvertrags 31 ff. (Bonn 1904): Im Sinne des Rechtes ist unmoralisch, d. h. verstößt gegen die guten Sitten, was gegen das auf der sittlichen Auffassung aufgebaute Recht oder Rechtsbewußtsein der lebenden Generation eines bestimmten Volkes verstößt.

Ein Vertrag verstößt gegen die guten Sitten und ist demnach nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, wenn sein objektiver Inhalt unter Berücksichtigung der Motive der Parteien beim Vertragsabschlusse gegen das heute bei uns in Deutschland herrschende auf unserer sittlichen Auffassung aufgebaute Recht oder Rechtsbewußtsein verstößt.

Es wird oft versucht, den heute so häufig abgeschlossenen sogen. Bierlieferungsvertrag als gegen die guten Sitten verstoßend nach § 138 Abs. 1 BGB. für nichtig zu erklären. Dem kann nicht beigestimmt werden. Ebenso enthält der Bierlieferungsvertrag keinen Verstoß gegen das Prinzip der Gewerbefreiheit und ist daher auch nicht gemäß § 134 BGB. nichtig.

6. Aus der Praxis. I. Abs. 1.

A. Allgemeine Gesichtspunkte zur Auslegung des Abs. 1.

a) RG. JW. **04** 257: Der Maßstab der guten Sitte ist nicht den besonderen Anschauungen der Standesgenossen, sondern der derzeitigen im deutschen Volke überhaupt anerkannten und geübten Moral zu entnehmen.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 135: Nicht jede vom Standpunkte der Moral etwa zu beanstandende Handlungsweise verstößt gegen die „guten Sitten", vielmehr ist erforderlich, daß sie allgemein im Verkehre für unerlaubt gilt. (Vertragsabschluß mit einer infolge Mißbrauchs alkoholischer Getränke geistig geschwächten, aber nicht etwa geschäftsunfähigen Person.)

c) OLG. 8 425 (KG.): Das unsittliche Motiv allein macht ein Geschäft, das objektiv den guten Sitten nicht zuwiderläuft nur dann zu einem unsittlichen, wenn es dasselbe so gestaltet, daß es in Verbindung mit jenem unsittlich erscheint oder von dem unsittlichen Motiv untrennbar ist.

d) **RG.** JW. **04** 537, DJZ. **04** 1090: Der Umstand, daß ein Gesetzgeber eine Handlung nicht unter Strafe stellt, beweist noch keineswegs, daß er sie auch als nicht gegen die guten Sitten verstoßend erachtet. (Bezog sich auf das pactum de non licitando.)

e) **RG.** JW. **04** 257: Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann darin liegen, daß für ein an sich erlaubtes Handeln eine ökonomische Leistung versprochen wird, wenn es nämlich der sittlichen Auffassung widerspricht, daß die Handlung im konkreten Falle in eine Kausalbeziehung zu Geld gesetzt wird. (Lotmar, Der unmoralische Vertrag 73 ff.). Die eigennützige Annahme von Geld für die Abtretung der Erziehungsrechte durch einen Vater enthält daher auf seiten des Vaters ein Zuwiderhandeln gegen die guten Sitten, gleichgültig von welcher Seite das Anerbieten zu dem Geschäft ausging.

f) OLG. Jena, R. **04** 103: Nicht jedes Versprechen, das im Zusammenhange mit einem unsittlichen Verhältnis abgegeben wird, ist auch selbst unsittlich, vielmehr nur dasjenige, welches zur Ermöglichung, Beförderung oder Fortsetzung desselben gegeben wird. Nicht unsittlich ist ein Versprechen, welches das Bestehen eines unsittlichen Verhältnisses als etwas bereits gegebenes voraussetzend die ungünstigen Folgen, welche dieses für Dritte hat, beseitigen oder mildern will.

B. Einzelne Fälle.

a) Bierlieferungsvertrag (vgl. o. Ziff. 5).

RG. SächsA. **14** 649: Ein Vertrag, durch den ein Gastwirt sich verpflichtet, sein Bier von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, verstößt nicht gegen § 138. — Dagegen überschreitet ein derartiger Vertrag die Schranken der Gewerbefreiheit und der gewerblichen Freizügigkeit, wenn diese Bierbezugsverpflichtung ohne an zeitliche Schranken gebunden zu sein, auch dem Rechtsnachfolger des Wirtes auferlegt ist. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 290 ff.

AG. Halle, NaumbAK. **04** 83, hält einen Bierabnahmevertrag, bei dem die Leistung der Brauerei nicht in der Gewährung eines Darlehns oder dergl., sondern lediglich in dem Nachweis einer Gastwirtschaft besteht, für gegen § 138 verstoßend.

b) OLG. Kiel, OLG. **9** 279, SchlHolstAnz. **04** 199: Ein gegen das Verbot der §§ 56, 56a Nr. 2 der GewO. erfolgter Verkauf von Aktien macht das Kaufgeschäft nicht nichtig, verstößt auch nicht gegen die guten Sitten, denn Verbot und Bestrafung machen ein Rechtsgeschäft an sich noch nicht unsittlich.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 61: Ein Mietvertrag über ein Gründstück, das als Bordell benutzt werden soll, ist nach § 138 nichtig.

OLG. 8 424 (Hamburg): Ein Kaufvertrag über ein Haus, in dem der Käufer ein Bordell betreiben will, verstößt für gewöhnlich nicht gegen die guten Sitten.

d) **RG.** DJZ. **04** 1187 erachtet einen Vertrag als für gegen die guten Sitten verstoßend, durch den jemand eine abnorm hohe Summe als Vertragsstrafe für den Fall verspricht, daß er mit seinem Nachbar auch nur den geringsten Streit bekommt.

e) Über einen Vertrag betr. Abhalten vom Bieten, der sowohl gegen ein gesetzliches Verbot als auch gegen die guten Sitten verstößt, handelt OLG. 8 426 (Cassel).

f) SächsOLG. 25 55: Es ist nicht schon unsittlich im Sinne des Gesetzes, wenn ein Berechtigter zugunsten eines anderen sein Recht aufgibt, obwohl er weiß, daß der Berechtigte die so gewonnene Stellung zur Verletzung der Vermögensrechte Dritter benutzen will.

g) **RG.** 55 78: Die Vereinbarung, daß ein Grundstück nur an Käufer deutscher Nationalität veräußert werden dürfe, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

h) GG. Schöneberg, GewGer. 9 192 ff., erachtet eine Bestimmung des Tarifvertrags, nach welcher bei Akkordarbeit mindestens der übliche Stundenlohn zu zahlen ist, für gegen die guten Sitten verstoßend, weil sie ein Kampfmittel gegen die Akkordarbeit sei (194). ➽ Mit Recht wendet sich hiergegen bereits der Herausgeber des GewG., der betont, daß, wenn von Arbeitgebern und Arbeitnehmern übereinstimmend eine gegen die Akkordarbeit sich richtende Bestimmung aufgenommen werde, anzunehmen sei, sie diene den beiderseitigen Interessen. ⇐

OLG. 8 18 (Posen): Der Beschluß einer Innung, die geschäftliche Sperre zu verhängen, um drohender Konkurrenz zu begegnen, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

LG. Bremen, GewGer. 9 150 ff.: Nicht jeder Vertrag, durch den sich Arbeiter bei Strafe sofortiger Entlassung verpflichten, einem bestimmten Arbeiterverbande nicht beizutreten oder aus demselben auszutreten, verstößt gegen § 138 BGB. (151). (A. M. Lotmar, Arbeitsvertrag 218; GewGer. 8 11/12, 13/14.) Dagegen ist eine Vereinbarung ungültig, nach der sich der Arbeiter verpflichtet, keinem Arbeiterverbande beizutreten, denn hier handelt es sich um eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit, die dasjenige Maß überschreitet, welches unter Berücksichtigung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen des in seiner Freiheit Beschränkten für zulässig gehalten werden muß (153).

RG. R. 04 628: Unsittlichkeit eines Vertrags, durch den ein Bauherr die an dem Baue beschäftigten Handwerker hinsichtlich ihrer Bauforderungen schädigt.

i) OLG. Marienwerder, PosMschr. 04 54: Ein Mitgiftversprechen für den Fall der Eheschließung mit einer schon deflorierten Frauensperson kann unter Umständen gegen die guten Sitten verstoßen.

LG. Magdeburg, NaumbAK. 04 35: Ein Alimentenversprechen, das der Ehemann abgegeben hat, um die Ehefrau zur Einwilligung in die Scheidung der Ehe wegen böslicher Verlassung zu bestimmen, verstößt sowohl gegen § 138 wie gegen § 134.

k) Das KG. (OLG. 8 425 ff.) — bestätigt vom RG. — hat einen Vertrag für gültig erklärt, den zwei Bewerber gegenüber einer Ausschreibung dahin abschließen, daß der eine dem anderen eine Summe verspricht, falls er aus dem Wettbewerb als Sieger hervorgehe und daß der letztere sich verpflichtet, seinerseits eine höhere Preisforderung zu stellen, um auf diese Weise zu erreichen, daß der erstere die zu vergebende Arbeit bekommt, weil der Veranstalter eines Wettbewerbes keinen Anspruch darauf habe, die Umstände zu erfahren, welche den einzelnen Bewerber zur Stellung seiner Preisforderung geführt haben (426).

Demgegenüber meint Schneider, Holdheims MSchr. 04 222 ff., eine kräftige, den Wert des § 138 Abs. 1 voll erfassende Rechtshandhabung sollte in diesem Falle durch Versagung des Rechtsschutzes den redlichen Verkehr und das Vertrauen auf die Lauterkeit von Preisangeboten zu sichern suchen (223).

l) Hingabe eines Schweigegeldes (vgl. **RG.** JDR. 1 Ziff. 3).

RG. JW. 04 404: Das Versprechen einer Summe Geldes dafür, daß ein anderer eine strafbare Handlung des Versprechenden nicht zur Anzeige bringt,

stößt auf seiten des Empfängers stets, auf seiten des Versprechers dann gegen die guten Sitten, wenn dieser aus Furcht vor der beim Ruchbarwerden seiner Tat möglichen Bestrafung gehandelt hat (405).

Das vom RG. aufgehobene OLG. Dresden, SächsA. **14** 373, hatte auf seiten des Versprechers einen Verstoß gegen § 138 nicht angenommen.

m) **RG. 57** 205 ff., JW. **04** 266: Ein Schuldverhältnis, das im Interesse einzelner Gesellschafter einer GmbH. einen derselben verpflichten soll, dem Rufe in den Aufsichtsrat nicht zu folgen und das übertragene Amt niederzulegen, verstößt gegen die guten Sitten, weil der Aufsichtsrat den Interessen der Gesamtheit aller Gesellschafter dienen und das einzelne Mitglied des Aufsichtsrats durch das in freier Wahl aller Gesellschafter bekundete Vertrauen der Mehrheit der Gesellschafter berufen werden soll (208).

n) OLG. **9** 125 (Karlsruhe): Der Pfändungsgläubiger kann im Streite mit einem anderen pfändenden Gläubiger nicht einwenden, die andere Pfändung sei für eine unsittliche Forderung erfolgt, denn durch das rechtskräftige Urteil ist selbst eine an sich unsittliche Forderung unanfechtbar festgestellt worden.

II. Abs. 2. A. Zum Begriff der Ausbeutung.

a) OLG. **8** 422 (Hamburg): Unter Ausbeutung der Gegenpartei läßt sich jemand Vermögensvorteile gewähren, sobald er aus der Unerfahrenheit der anderen Partei Nutzen zieht. Daß diese Ausbeutung bewußt, absichtlich oder vorsätzlich geschehe, ist nicht erforderlich.

b) Über die Voraussetzungen des Wuchers handelt OLG. Kiel, SchlHolst. Anz. **04** 162ff. Erforderlich ist nur die bewußte Ausnutzung des anderen zur Erlangung übermäßigen Gewinns.

c) OLG. **8** 421 (Stuttgart), WürttJ. **16** 271 ff.: Ein Rechtsgeschäft ist, wenn keine Ausbeutung einer Notlage gegeben, wegen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nur dann nichtig, wenn besondere Umstände vorliegen, welche dem Geschäfte den Stempel eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinne des Abs. 1 aufdrücken.

B. Zum Begriff der Unerfahrenheit.

RG. Str. JW. **04** 585: Der Begriff der Unerfahrenheit erfordert eine dem Menschen anhaftende Eigenschaft, die auf einem Mangel an Geschäftskenntnis und Lebenserfahrung im allgemeinen oder auf beschränkten Gebieten des menschlichen Wirkens beruht und ihrem Wesen nach eine Einschränkung der Befähigung zur Wahrnehmung oder richtigen Beurteilung von Zuständen oder Geschehnissen irgendwelcher Art zur Folge hat. Es genügt nicht eine Unklarheit über die Bedeutung des einzelnen Geschäfts.

C. Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

a) **RG.** R. **04** Nr. 2586: Das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung braucht nicht bestimmt zahlenmäßig festgestellt zu werden. — Es genügt nicht allgemeiner Leichtsinn, sondern es muß leichtsinniger Abschluß gerade des bestrittenen Geschäfts erwiesen sein.

b) OLG. Breslau, R. **04** Nr. 292: Bei der Feststellung, ob die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, ist die Gefahr, welche der Gläubiger bei Eingehung des Rechtsgeschäfts übernimmt, nicht außer Betracht zu lassen.

D. Zum Begriff des Leichtsinns (s. auch o. Ziff. 3b). Über den Begriff der Notlage s. JDR. **2** Ziff. IIb.

OLG. Breslau, R. **04** Nr. 291: Leichtsinn beruht in dem Mangel an Überlegung bei Beurteilung der Tragweite einer Willenserklärung. Der Begriff fällt nicht zusammen mit Liederlichkeit.

E. a) **RG.** R. **04** 600 Nr. 2585: Bei Anwendung des Abs. 2 mag unter Umständen auf den Wert, den die Sache für den Erwerber hat, Gewicht zu legen sein, auch mag dieser Wert geringer als der Verkehrswert sein, aber im allgemeinen muß immer dieser Verkehrswert die Richtschnur geben.

b) **RG. 57** 97, JW. **04** 168, BadRpr. **04** 254: Bei der Gewährung von Vermögensvorteilen kann nicht unterschieden werden zwischen dem dinglichen Geschäft als solchem, d. h. als ausschließlicher Grundlage dinglicher Rechtsveränderungen, einerseits und der ihm zugewiesenen Funktion, zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem obligatorischen Geschäfte zu dienen, andererseits; sondern nichtig ist der Erfüllungsakt einschließlich des dinglichen Geschäfts, in welchem er sich verkörpert.

F. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 103: Im Abs. 2 wird die Identität des Wucherschuldners und des Geschäftsschuldners vorausgesetzt.

§ 139. 1. **RG. 57** 164, JW. **04** 197, DNotVZ. **04** 562: Im Zweifel sind alle Bestimmungen eines Vertrags als zusammengehöriges Ganzes zu betrachten; es müssen besondere Umstände vorliegen, um eine Ausnahme von diesem Grundsatze zu begründen.

2. Rechtliche Unmöglichkeit des Inhalts der Willenserklärung kann unter Umständen das ganze Rechtsgeschäft unwirksam machen. Hierüber **RG. 56** 313.

3. Vgl. auch **RG. 56** 423 ff. und u. Ziff. 3 zu § 143.

§ 140. KG., KGJ. **28** A 16: Ungültiger Erbvertrag ist als Testament aufrecht zu erhalten, wenn bei Kenntnis der Nichtigkeit des Erbvertrags die Testatoren ihre Vereinbarungen als testamentarische Verfügungen gewollt haben würden.

§ 141. Aus der Praxis.

a) OLG. **8** 25 ff. (Braunschweig): Da mit erfolgter Anfechtung der Vertrag als nichtig anzusehen ist, muß die Anfechtung als unwiderruflich gelten; eine Beseitigung ihrer Folgen ist nur in der Form einer dem § 141 entsprechenden Bestätigung möglich. Nicht kann man mit Dernburg, BGB. I 355 die Zurücknahme einer Anfechtung unter Zustimmung des Gegners mit der Folge anerkennen, daß in der nachträglichen mit Zustimmung des anderen Teiles geschehenen Bestätigung eine solche Zurücknahme gefunden und von der erneuten Vornahme des Geschäfts abgesehen werde. Rehbein, Bem. II 7 zu § 139.

b) OLG. **9** 280 (KG.): Die Bestätigung ist auch bei einem gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäft unter der Voraussetzung denkbar, daß der erneuten Vornahme der unsittliche Charakter fehlt.

c) **RG.** R. **04** 600 Nr. 2587: Bestätigung erfordert Kenntnis des Anfechtungsgrundes. Ebenso OLG. Stuttgart, JDR. **2** zu § 141.

§ 143. 1. Über die durch den Prozeßbevollmächtigten in einem Schriftsatz abgegebene Anfechtungserklärung **RG. 57** 362, übereinstimmend mit **RG. 53** 148. Vgl. JDR. **2** Ziff. 2 d zu § 143.

Dagegen verlangt **RG.** VII 29. III. 04, **58** 44 das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung.

2. **RG. 58** 45, JW. **04** 367: Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung verbietet sich die Anwendung der für die Anfechtung auf Grund der §§ 119, 120 und 123 BGB. gegebenen Vorschrift des § 143 auf die Ausübung der Gläubigeranfechtung im Konkurse, da jene Anfechtung von dieser in Voraussetzungen und Wirkung völlig verschieden ist. — Für die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens hat das **RG. 52** 334 bereits den gleichen Satz ausgesprochen; vgl. JDR. **2** zu §§ 142, 143.

3. **RG. 56** 423 ff., JW. **04** 112: Sind mehrere Anfechtungsberechtigte vorhanden, so wirkt die Ausübung des Anfechtungsrechts nur durch den einen

derselben zu dessen Gunsten, unabhängig von einer Ausübung des Anfechtungsrechts durch den anderen. Das ergibt sich aus dem Wesen der Anfechtung und aus dem Fehlen einer Gesetzesvorschrift bei der Anfechtung, die deren Ausübung bei Mehrheit der Anfechtungsberechtigten in gleicher Weise regelt, wie in den §§ 356, 467, 502 und 513. Als Ausfluß einer allgemeinen Regel können diese Bestimmungen nicht angesehen werden (425). A. M. Hellwig, Anspruch 189 Anm. 29—32.

4. Über die Bedingbarkeit der Anfechtungserklärung s. Bruck unten Ziff. 1 zu § 158 BGB.

Dritter Titel. Vertrag.

Vorbemerkung: Neue Erfindungen, im praktischen Leben noch kaum erprobt, geben dem Juristen sofort frischen Stoff zu Untersuchungen. Eine erfreuliche Erscheinung; denn omne ius hominum causa datum est. Hier ist vor allem an die Neuerung gedacht, die bereits das Telephon zu verbessern bestrebt ist, nämlich der Ferndrucker. Der Ansicht, welche die Erklärung mittels Ferndruckers für eine solche unter Abwesenden hält, dürfte zuzustimmen sein. (§ 147 Ziff. 1 d.)

§ 145. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 25 ff.: Ist der Vertragsabschluß bestritten, so muß der Kläger beweisen, daß die erforderlichen Erklärungen abgegeben seien, insbesondere den Antrag und die Annahme, die Rechtzeitigkeit der Annahme (§ 147). Ein summarischer Beweis kann durch Beweis der Annahme einer Draufgabe (§ 336) geführt werden. Den Beklagten trifft die Beweislast, wenn er behauptet, der Antragende habe die Gebundenheit ausgeschlossen oder sich den Widerruf vorbehalten und widerrufen.

2. Aus der Praxis.

a) OLG. 8 29 (Dresden): Die Übersendung von Büchern zur Ansicht enthält nach der Verkehrsanschauung einen Vertragsantrag des Buchhändlers. Ob die Annahme etwa als stillschweigend erklärt zu gelten habe, ist nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen.

b) Bedeutung des Stillschweigens (vgl. JDR. **2** zu § 145). OLG. 8 28 (Kiel): Stillschweigen gilt insbesondere dann nicht als Genehmigung, wenn es sich um Abänderung bestehender Vertragsverhältnisse handelt (vgl. **RG.** JW. **98** 482). Schweigen kann dann als Genehmigung aufgefaßt werden, wenn der Schweigende die ihm gewordenen Erklärungen tatsächlich in dem Sinne verstand, welcher eine Antwort nach Treu und Glauben erfordert (vgl. **RG.** Seuff. Bl. **69** 156 ff.).

c) **RG.** Holdheims MSchr. **04** 28: Wenn im kaufmännischen Verkehre nach mündlichen Vertragsverhandlungen der eine Teil dem anderen ein Bestätigungsschreiben zugehen läßt, so enthält ein solches Schreiben den rechtsgeschäftlichen Vorschlag (Offerte) an den anderen Teil, sich mit dem Inhalte desselben einverstanden zu erklären.

§ 146. GewG. Hamburg, GewG. **9** 238: Ein per Eilbrief gemachtes Angebot muß, zumal, wenn in diesem Briefe um „schleunigsten sofort gefälligen Bescheid" gebeten wird, auch mittels Eilbrief beantwortet werden, wenn der Antrag als rechtzeitig angenommen gelten soll.

§ 147. 1. Willenserklärungen mittels des Telephons und des Ferndruckers. JDR. **1** Ziff. 4.

a) *Frankenburger, DJZ. **04** 844 ff.: Einheit des Ortes der miteinander Sprechenden oder Unterhandelnden ist nicht vorausgesetzt, wohl aber der Ausschluß der Vermittelung durch andere Personen, d. h. Stellvertreter in der Erklärung oder durch andere Verkehrsmittel.

Der Verkehr durch wirkliche Stellvertreter (Stellvertreter im Willen) steht dem persönlichen Verkehre gleich; Verkehr durch Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte. Abgesehen hiervon ist es Tatfrage, ob der Erklärende wirklich Vertretungsvollmacht hatte.

Die Tatsache des Anschlusses an die Fernsprecheinrichtung allein schafft nicht ein Gebundensein des Angeschlossenen an die Erklärungen, welche ein Gehilfe abgegeben hat, auch nicht eine Verpflichtung desselben, dafür zu sorgen, daß an ihn gelangende telephonische Anfragen oder Vertragsanträge für ihn von jemandem sofort entgegengenommen werden können; Ausnahmen hiervon sind denkbar, z. B. wenn telephonisch mit bestimmter Fristsetzung und unter der Bedingung telephonischer Rückäußerung eine Offerte gemacht wird.

Jeder das Telephon Benutzende hat nach den Grundsätzen über die zu wahrende Sorgfalt die Verpflichtung, sich über die Vertretungsmacht desjenigen zu vergewissern, der für einen anderen eine Willenserklärung abgibt, oder entgegennimmt.

Wird die Erklärung für den an die Fernsprecheinrichtung Angeschlossenen nicht von einem Stellvertreter im Willen abgegeben, sondern nur von einem Stellvertreter in der Erklärung unrichtig abgegeben oder benutzt eine beliebige dritte Person die Fernsprecheinrichtung eines anderen, so muß der an das Telephonnetz Angeschlossene, sobald er von einer mißbräuchlichen Benutzung (unrichtige Wiedergabe der Willenserklärung, unbefugte Benutzung der Einrichtung) seines Anschlusses erfährt, sofort gegenüber dem Angesprochenen Richtigstellung eintreten lassen.

b) *Jörges, Fernsprechverkehr, Goldschmidts Z. **56** 66 ff.: Ob Willenserklärungen mittels Fernsprechers als Willenserklärungen unter Anwesenden oder als solche unter Abwesenden aufzufassen sind, kann nicht grundsätzlich entschieden werden, vielmehr kommt es darauf an, ob nach dem Charakter des betreffenden Rechtssatzes die Willenserklärung unter Gegenwärtigen wegen der Möglichkeit mündlicher Verständigung oder wegen der persönlichen Gegenwart der beteiligten Personen besonders behandelt wird. So z. B. ist die Erklärung mittels Fernsprechers im Sinne des § 105 Abs. 2 BGB. eine solche unter Gegenwärtigen, im Sinne der §§ 120 und 130 BGB. eine solche unter Abwesenden.

c) Sames, DJZ. **04** 1179 ff., will die Bestimmung des Abs. 1 Satz 2 des § 147 entsprechend auf mittels des Ferndruckers abgegebene Willenserklärungen anwenden, denn wenn die Nachricht vom Apparate des Adressaten in dessen Anwesenheit abrollt, liegt eine Willenserklärung unter Anwesenden vor. Weilt jedoch der Adressat zur Zeit der Aufgabe nicht am Empfangsapparat, so findet § 130 Anwendung. Wann eine Ferndrucker-Mitteilung als zugegangen anzusehen ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (1180).

d) Hiergegen wendet sich Koppers, DJZ. **05** 160, der die Erklärung mittels Ferndruckers niemals für eine Erklärung unter Anwesenden hält, weil der Erklärende und der Empfangende nicht an demselben Orte anwesend sind. Die Erklärung mittels Ferndruckers stehe vielmehr der Erklärung durch Zusendung eines Briefes völlig gleich, daher sei stets § 130 anwendbar. — Die Unterscheidung zwischen Erklärungen unter Anwesenden und unter Abwesenden sei veraltet, das Verbleiben eines Schriftstücks in den Händen des Empfängers sei vielmehr das charakteristische Unterscheidungsmerkmal unter den Erklärungsarten.

2. *Kuhlenbeck, ZVersWiss. **4** 10ff.: Die Prospekte der Versicherungsgesellschaften sind in der Regel bloße Aufforderungen zum Kontrahieren, können jedoch, soweit ein Kontrahieren cum incerta persona im Versicherungsgewerbe üblich geworden (Reise-Unfallversicherungen) auch bindende Offerten sein.

3. *Rosenberg, AzivPr. **94** 26 ff.: Wer in Abweichung von der Regel des § 147 die Vereinbarung einer längeren oder kürzeren Annahmefrist behauptet, den trifft hierfür die Beweislast.

4. Abs. 2. *Kuhlenbeck a. a. O. 10 ff.: Auf den durch einen Vermittlungsagenten entgegengenommenen Antrag findet § 147 Abs. 2 BGB. Anwendung (Antrag unter Abwesenden).

5. OLG. Breslau, R. **04** 164: Eine Verlängerung der Frist zur Erklärung wegen der Annahme einer Offerte muß vom Anbietenden bestimmt und kann nicht bloß vom anderen Teile gefolgert oder dem Zwecke des Geschäfts entnommen werden.

§ 149. Die bestrittene Frage über die Verteilung der Beweislast im Falle des § 149 will *Rosenberg, AzivPr. **94** 27 so lösen: Der Antragsempfänger muß den Nachweis führen, er habe die Annahmeerklärung rechtzeitig eingesandt und der Antragende habe dies erkennen müssen. Dieser muß dann die Anzeige der Verspätung beweisen.

§ 151. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 26 ff.: Der Kläger, der den Vertragsabschluß behauptet, muß dartun, warum eine ausdrückliche Annahmeerklärung nicht erforderlich gewesen sei, und muß die Umstände darlegen, aus denen auf die Annahme des Vertrags geschlossen werden kann.

2. OLG. **8** 427 (Marienwerder): Der § 151 schließt die Handelsübung nicht aus, nach der beiderseits Bestätigungen auszutauschen sind, und erst mit diesem Austausche der durch den Agenten vermittelte Vertrag als geschlossen gelten solle.

§ 153. *Rosenberg, AzivPr. **94** 28: Wer behauptet, das Zustandekommen des Vertrags sei durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Antragenden gehindert worden, muß dies beweisen.

§ 154. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 29 ff., 314 ff.: Wer behauptet, die Parteien hätten sich nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt, muß beweisen, daß eine Partei hierüber eine Vereinbarung verlangt habe (**RG.** R. **02** 213 zu § 282 ZPO.); er muß insbesondere beweisen, es sei vereinbart worden, der Vertrag solle beurkundet werden oder die zustande gekommene Einigung sei nur eine vorläufige gewesen und hätte erst bei Hinzukommen eines bestimmten Ereignisses zu einem wirksamen Vertrage werden sollen (30/31).

2. Abs. 2. OLG. **8** 396 (Hamburg): Diese Bestimmung gilt auch für Mietverträge.

3. Die JDR. **2** Ziff. 2c wiedergegebene Entsch. des OLG. Marienwerder findet sich jetzt auch SeuffA. **59** 131.

§§ 154, 155. *Franz Leonhard, Beweislast 314/315: Die Willenseinigung ist durchweg vom Kläger zu beweisen.

§ 155. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 24 ff., 28: Wer seinen Anspruch auf einen Vertrag stützt, hat nur zu beweisen, daß die Parteien selbst den Vertrag als abgeschlossen angesehen haben. Den sogen. versteckten Dissens muß der Beklagte dartun. Dem Kläger steht dann noch der Nachweis offen, der Vertrag würde auch ohne eine Bestimmung über diesen streitigen Punkt zustande gekommen sein.

2. **RG. 58** 236, JW. **04** 404: Wenn die beiderseitigen Erklärungen den gleichen Inhalt haben, — mag sich dies aus dem Wortlaut ohne weiteres ergeben, oder unter Berücksichtigung aller auf beiden Seiten dafür in Betracht kommenden Umstände durch Auslegung festgestellt werden, — dann liegt nicht der Fall einer bloß fälschlichen Annahme des Einverständnisses vor, sondern ein wirklich erklärtes Einverständnis. Hat sich hierbei eine Partei über die Bedeutung ihrer Erklärung getäuscht, so betrifft dieser Irrtum nicht den Inhalt der gegnerischen, sondern den ihrer eigenen Erklärung.

§ 157. 1. *Franz Leonhard, Beweislast: Auslegungsregeln enthalten keine Vermutung des Willens, sondern Vorschriften über den Sinn einer Äußerung (328 ff.). Eine Vorschrift über den Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann nur dann als Auslegungsregel fungieren, wenn gerade über diesen speziellen Punkt etwas bestimmtes vereinbart ist (294 ff.).

2. Aus der Praxis.

a) **RG.** JW. **04** 89, SeuffA. **59** 258 ff.: Von den Grundsätzen der §§ 157, 242 aus muß es dem Schuldner gestattet sein, auch ohne Anfechtung der durch die Täuschung veranlaßten Willenserklärung und ohne einen Schadensersatzanspruch gegen den Urheber der Täuschung geltend zu machen, gegen die Inanspruchnahme aus einer Schuld unter Berufung auf die Arglist des Gläubigers sich zu wehren, wenn die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers nicht bestehen würde.

b) Über Treu und Glauben bei der Auslegung einer eine Vertragsstrafe festsetzenden Bestimmung handelt **RG.** JW. **04** 139, ElsLothrJZ. **29** 403.

c) Vgl. oben Ziff. 2 zu § 133.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Vorbemerkung: Entgegen dem vorigen Berichtsjahre sind diesmal mehrere Abhandlungen aus der Lehre der Bedingungen zu erwähnen. Die Hauptfrage, diejenige der Beweislast bei Bedingungen, gibt stets von neuem zu Erörterungen Anlaß.

Literatur: Eberhard Friedr. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte (Heft 13 der Studien zur Erläuterung des deutsch. Rechts von Leonhard), Breslau 1904. — Krug, Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung, Marburg 1904. — Holtz, Der Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften, Rostock 1904.

Zu §§ 158 ff.: 1. Kohler, Arthur, erörtert im AbürgR. **25** 164 ff. an einen praktischen Fall anknüpfend die Frage, ob bei einem bedingten Rechtsgeschäfte für den einen Teil eine Vertragspflicht besteht, dem anderen von der Entscheidung der Bedingung Mitteilung zu machen, sobald ihm die Entscheidung bekannt geworden ist, und er annehmen muß, daß der andere, zu dessen Gunsten die Entscheidung ist, sie nicht erfahren hat. Für solche Fälle, bei denen derjenige, zu dessen Nachteil die Bedingungsentscheidung ist, allein in der Lage ist, diesen Eintritt wahrzunehmen, hält er eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht für erforderlich, sofern der durch die Bedingungsentscheidung Geschädigte sich der Möglichkeit eines solchen Schadens des Begünstigten bewußt sein konnte, weil es als der verkehrsmäßige Wille der Parteien anzunehmen sei, daß der erstere den letzteren von dem Eintritt benachrichtigen muß. Die Anzeigepflicht entspreche dem verkehrsmäßigen Willen der Parteien und das gerade bezeichne das BGB. im § 157 mit Treu und Glauben (172).

2. Beweislast bei Bedingungen (vgl. JDR. 2 Ziff. 3 zu § 158).

a) *Betzinger, Beweislast (2) 161, 122 ff., 39 ff., 107 ff.: Die Beweislast für die Vereinbarung einer Bedingung (suspensiv oder resolutiv) trifft stets denjenigen, der die Vereinbarung behauptet; unhaltbar ist insbesondere die vermittelnde Ansicht, wonach dies nur von der Vereinbarung der Resolutivbedingung gelte, während bei der Suspensivbedingung der Gegner die Unbedingtheit beweisen müsse — in Übereinstimmung mit Fitting, Beckh, Rosenberg, Staub, Düringer-Hachenburg, Gareis u. a. — unter Ablehnung der Auffassung des RG. Vgl. auch Betzinger, Entscheidungen zur Beweislast (2) 185, 236 ff., 293 ff.

b) *Franz Leonhard, Beweislast 315 ff.: Die Frage, ob das Geschäft aufschiebend bedingt und befristet ist, ist vom Kläger zu beweisen, ob auflösend bedingt oder befristet, vom Beklagten.

c) *Rosenberg, AzivPr. 94 63 ff.: Der Kläger muß den Eintritt einer positiven Bedingung, der Beklagte dagegen den Nichteintritt einer negativen aufschiebenden Bedingung beweisen. Im übrigen vgl. unten den Anhang zum allgemeinen Teile des BGB.: Beweislast, Ziff. 2.

§ 158. 1. *E. F. Bruck a. a. O. 99 ff., 125 ff., 153 ff.: Der Rechtsgrund für das Bedingungsverbot bei den bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften ist das rechtliche Interesse an der Bestimmtheit der durch diese Rechtsgeschäfte erzeugten Rechtsverhältnisse. Beim Vorliegen eines solchen Interesses ist das Bedingungsverbot auch bei den nicht bereits ex lege bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften, insbesondere bei den einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen analog anzuwenden. Diese Geschäfte sind jedoch nur relativ bedingungsfeindlich. Ein „berechtigtes" Interesse genügt nicht. Verbotswidrige Hinzufügung bewirkt Nichtigkeit. Das dem rechtlichen Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO.) nahe verwandte Bestimmtheitsinteresse liegt bereits vor, wenn es sich auch nur darauf erstreckt: zu wissen, woran man in Ansehung eines Rechtsverhältnisses ist. Bestimmtheitsinteressenten sind bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung der Empfänger, unter Umständen auch Dritte (z. B. § 143 BGB.). Verträge und einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind grundsätzlich bedingbar. Ausnahmen bilden z. B. die Wechselverpflichtungen (vgl. zu Art. 22 WO.). — Bei Nichtvorhandensein eines öffentlichen Interesses kann das Bedingungsverbot durch Vertrag ausgeschlossen werden, der jedoch der Zustimmung eines an der Bestimmtheit rechtlich interessierten Dritten bedarf (vgl. zu § 388). — Die Zulässigkeit uneigentlicher Bedingungen folgt den gleichen Grundsätzen; condiciones iuris sind stets zulässig (z. B. die Eventualaufrechnung), auf die Gegenwart oder die Vergangenheit gestellte nur dann, wenn sie ein rechtliches Bestimmtheitsinteresse nicht verletzen (vgl. auch zu § 167).

2. *Krug, Zulässigkeit der reinen Wollens-Bedingung. Zulässig ist die auf eine bloße Willens-Erklärung des sich Verpflichtenden abgestellte Bedingung (reine Wollens-Bedingung) bei allen Rechtsgeschäften unter Lebenden, zweiseitigen wie einseitigen. Dies ergibt die Konstruktion des Kaufes auf Probe und des Wiederkaufs sowie die der Auslobung im bürgerlichen Rechte (§§ 495, 497, 661 Abs. 2 BGB.).

Dagegen ist bei letztwilligen Verfügungen die auf eine bloße Willens-Erklärung des Erben oder eines Dritten abgestellte Bedingung (reine Willens-Bedingung i. w. S.) nach § 2065 Abs. 1 BGB. unzulässig.

Die Bedingung, wonach bei Rechtsgeschäften unter Lebenden der sich Verpflichtende seine Verpflichtung von einer späteren eigenen Willens-Erklärung abhängig macht, trägt nicht etwa einen begrifflichen Widerspruch in die rechtsgeschäftliche Erklärung hinein, dadurch, daß sie diese Erklärung durch eine spätere identische Erklärung bedingte und damit verneinte (so bisher die gemeinrechtliche Lehre). Dies deshalb nicht, weil beide Erklärungen in ihrem rechtlichen Wesen total verschieden sind: die rechtsgeschäftliche (bedingte) Erklärung ist normsetzender, die spätere (bedingende) Erklärung ist tatbestandsetzender Natur. Die Verkennung dieser Verschiedenheit und die Verwerfung der Bedingung in der Theorie des gemeinen Rechtes steht im Zusammenhange mit einer Verkennung der Eigenart der in den Quellen sich findenden altrömischen velle-Bedingung und der an diese Bedingung anknüpfenden Aussprüche Ulpians.

3. Abs. 2. Im Falle des Eintritts der auflösenden Bedingung keine Anrechnung der während des Schwebezustandes verflossenen Zeit für den Rückerwerber in den Fällen des § 221 und § 943 (vgl. bei den angeführten Paragraphen *Holtz, Der Schwebezustand 2c. 22—25, 29, 30).

4. OLG. 8 23 (Hamburg): Im Zweifel gilt der Beitritt zu einem Akkordvorschlag als von dem Beitritt aller Gläubiger abhängig gemacht. Ebenso OLG. 8 24 (Marienwerder): Ungleichmäßige Befriedigung wesentliche Resolutivbedingung des Vertrags.

§ 159. *Rosenberg, AzivPr. **94** 100: Die Vereinbarung der Rückbeziehung muß als Abweichung von der gesetzlichen Regel von derjenigen Partei bewiesen werden, die sie geltend macht.

§ 160. I. *Holtz, Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften: Unter „der andere Teil" im § 160 ist außer dem ursprünglich bedingt Verpflichteten und seinem Universalsukzessor auch sein Singularsukzessor zu verstehen. Das ergibt der Zweck des § 160, der dem bedingt Berechtigten während der Schwebezeit einen verstärkten Schutz seines Anwartschaftsrechts gewähren will, welcher sonst in manchen Fällen illusorisch wäre (59—61). Unrichtig Cosack 193, der unter „der andere Teil" jeden Dritten verstehen will. Dann hätte das Gesetz den Ausdruck „von jedem der" gebraucht (61, 62). Dritte Personen — alle außer den oben erwähnten — haften nur deliktisch nach § 823 unter den sonstigen Voraussetzungen dieses Paragraphen dem betr. Inhaber des bedingten Rechtes gegenüber — im § 160 nur der bedingt berechtigte Gläubiger — (62, 63). — Häufig wird für jenen das Interesse an Verfolgung des Anspruchs aus § 823 fehlen, dasselbe ist jedoch z. B. vorhanden, wenn er gemäß § 281 seinen Ersatzanspruch gegen den Dritten dem bedingt Berechtigten abzutreten bzw. demselben das als Ersatz Empfangene herauszugeben hat — darüber weiter unten —. Nur so ist ein indirekter Anspruch des bedingt Berechtigten gegen den Dritten zu konstruieren. Wollte man ihm diesen Anspruch direkt zugestehen, käme man auf die durch Statuierung des § 159 abgelehnte Rückbeziehung der Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts (62—64). Die Höhe des hier aus § 823 zu leistenden Schadensersatzes umfaßt — trotz des Wörtchens „daraus" im § 823 — nicht nur das Interesse des Gläubigers am Behalten der Sache vom Augenblicke der Deliktszufügung bis zu dem der Entscheidung der Bedingung, sondern zum mindesten den objektiven Wert der Sache. Denn 1. im Augenblicke der Deliktszufügung, in welchem die Bedingung noch nicht eingetreten war, mußte der Dritte mindestens den objektiven Schaden ersetzen; durch die hier vorliegende Veränderung der Tatumstände kann keine Abminderung der Schadensersatzpflicht hervorgerufen werden. 2. Eigentlich ist der Schadensersatz gemäß § 249 zu leisten. Damit ist indirekt der objektive Wert ersetzt. Hat der Dritte nun die Sache so gründlich zerstört, daß für § 249 der § 251 eintritt, und will man nun eine Abminderung seiner Schadensersatzpflicht annehmen, so hieße das eine Prämie auf seine gründliche Arbeit setzen (64—66, 68).

Ist nun dem bedingt Verpflichteten — Inhaber des bedingten Rechtes während der Schwebezeit — der objektive Wert von dem Dritten vergütet, so kann von ihm der bedingt Berechtigte nicht Herausgabe nach § 812 verlangen, denn der bedingt Verpflichtete ist nicht auf Kosten des bedingt Berechtigten bereichert. Letzterer hatte einen mit Vollwirkungen ausgestatteten Anspruch nie, auch seine Anwartschaft fiel im Augenblicke der beregten Deliktszufügung fort (66—68).

II. Verhältnis des § 160 zu § 281.

Holtz a. a. O.: § 160 ist vor allem statuiert für den Fall, daß über einen Gegenstand bedingt verfügt ist, trifft aber auch den Fall, daß eine Leistung bedingt geschuldet wird (69). Inhaltliche Verschiedenheiten (71).

Für den Fall der bedingt geschuldeten Leistung unter den sonstigen Voraussetzungen auch § 281 anwendlich. Wirkliche nachträgliche Unmöglichkeit des § 281 liegt vor, wenn die Unmöglichkeit eintritt zwischen Abgabe der Willens-

erklärung — Vertragsschluß — und Entscheidung der Bedingung. (Anders Fischer, Beitrag zur Unmöglichkeitslehre 40—44, der dadurch zu falschem Resultate kommt, daß er den mit Abgabe der Willenserklärung entstandenen Vertragsschluß nicht scharf trennt von den bis zur Entscheidung der Bedingung im Schwebezustande befindlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts und letztere mit „Schuldverhältnis" identifiziert) (69, 70). Crome 445 f. übersieht unrichtigerweise die Möglichkeit der Anwendung des § 281 (72, 73). § 281 auch sogar in den Fällen anwendlich, daß über eine Sache bedingt verfügt ist und ein obligatorisches Rechtsverhältnis nebenher besteht (73—75).

§ 162. 1. *Holtz a. a. O. 43 ff.: Wenn auch bei sog. Potestativbedingungen der bedingt Verpflichtete großen Spielraum bezüglich seiner Einwirkung auf den Gang der Bedingung hat, so greift ergänzend hier nie § 226 ein, wie v. Staudinger 462 und wohl Endemann 382 wollen, denn hier wird die Einwirkung immer den Zweck haben, gerade die Entstehung einer Verpflichtung zu hindern, hat also nicht nur den im § 226 erforderten Zweck.

2. **RG.** JW. **04** 481 bezeichnet die Vorschrift des § 162 als Ausfluß des das BGB. beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben und wendet sie auf ähnliche Fälle, insbesondere auf arglistige Vereitelung des Zugehens einer Willenserklärung durch den Adressaten an (vgl. o. Ziff. IV b zu § 130).

§ 163. *Rosenberg, AzivPr. **94** 116: Der Beklagte muß beweisen, daß das Rechtsgeschäft unter einem Anfangs- oder Endtermine vorgenommen sei.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Vorbemerkung: Irgendwelche bedeutenderen Abhandlungen aus der Stellvertretungslehre sind im Berichtsjahre nicht erschienen. — Hinsichtlich des alten Streitpunkts, betreffend die Tragweite des § 164 Abs. 2, folgt die Praxis jetzt anscheinend übereinstimmend der herrschenden Meinung. — Im übrigen macht § 181 in seiner Anwendung auf den einzelnen konkreten Fall der Praxis noch immer viel zu schaffen.

§§ 164 ff. 1. **RG.** JW. **04** 354: Für Zusicherungen, die ein Verkaufsvermittler macht, haftet der Verkäufer, wenn er den Vermittler zu ihrer Abgabe ermächtigt oder wenn er sie nachträglich dem Käufer gegenüber genehmigt hat. Genehmigung setzt Kenntnis der Zusicherungen voraus.

2. GG. Mannheim, GG. **9** 5, behandelt einen Fall der Kollektivkündigung durch einen in einer Arbeiterversammlung gewählten Bevollmächtigten. Diese muß sich der Arbeitgeber gefallen lassen, denn auch bei einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist Vertretung zulässig.

§ 164. 1. a) Rosenberg*, AzivPr. **94** 120 ff., führt aus, daß stets das Handeln im fremden Namen und innerhalb einer übertragenen Vollmacht Beweisthema sei und von dem bewiesen werden müsse, der sich darauf berufe, sowohl wenn der Kläger als Vertretener oder gegen den Vertretenen Ansprüche erhebt, als auch wenn der beklagte Kontrahent als Vertreter eines Dritten gehandelt haben will oder behauptet, der Kläger habe in fremdem Namen den Vertrag abgeschlossen. Deshalb muß auch nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 179[1] BGB. der Vertreter seine Vertretungsmacht nachweisen.

b) *Franz Leonhard, Beweislast 325 ff.: Beweislast des Klägers, in wessen Namen das Geschäft geschlossen ist.

2. Aus der Praxis:

a) Abs. 1. **RG. 58** 273 ff.: Es ist grundsätzlich anzunehmen, daß der sogen. mittelbare Vertreter durch die Geschäfte, die er mit Dritten abschließt, lediglich selbst berechtigt und verpflichtet wird, und daß seine obligatorischen Verpflichtungen und Rechte gegenüber demjenigen, in dessen Interesse er handelt, sich

nach dem zwischen ihm und diesem bestehenden Rechtsverhältnisse bestimmen, während der letztere zu dem Gegenkontrahenten in keine rechtliche Beziehung tritt (276).

RG. SeuffA. **59** 362 ff.: Der Agent und auch der Generalagent einer Versicherungsgesellschaft ist, abgesehen von seiner Tätigkeit bei dem Einziehen der Versicherungsprämien, als Vertreter oder zum Abschlusse von Rechtsgeschäften befugter Bevollmächtigter der Versicherungsgesellschaft nicht anzusehen, vielmehr nur Vermittler des geschäftlichen Verkehrs zwischen der Gesellschaft und dem Publikum (363).

RG. R. **04** 600: Der Vertreter hat nicht die Pflicht, die Richtigkeit der ihm von dem Vertretenen zur Benutzung bei der Vertragsschließung gemachten Angabe so zu prüfen, wie wenn er selbst die Richtigkeit der Angabe zusichern wollte.

b) Abs. 2 (vgl. besonders JDR. **1** Ziff. 5—8 u. **2** Ziff. 4b).

OLG. Stettin, PosMschr. **04** 33: Der Vertreter erwirbt, falls der Mangel des Willens in fremdem Namen zu handeln, dem Dritten gegenüber nicht erkennbar wird, die Forderung aus dem abgeschlossenen Geschäfte gegen den Dritten auch im Verhältnisse zu dem Vertretenen. Ein Argument für die Auslegung des Abs. 2 geben auch die §§ 1381 und 1646 BGB. ab (34).

Ebenso OLG. Jena, ThürBl. **04** 291, weil im Abs. 2 ein beschränkender Zusatz „dem Vertragsgegner gegenüber" fehlt, und es willkürlich wäre, eine solche Beschränkung, für die auch die Absätze 1 und 3 keinen Anhalt bieten, in den Abs. 2 hineinzutragen. Vgl. auch OLG. Karlsruhe, DJZ. **04** 823. Endlich LG. Gießen, HessRspr. **5** 99, im Sinne der herrschenden Meinung.

§ 166. 1. *Kuhlenbeck, Verhältnis des BGB. zum Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, ZVersWiss. **4** 10 ff.: Wichtige Einschränkung des § 166 BGB. Abs. 1 durch § 43 des Entw.; die Kenntnis eines bloßen Vermittelungsagenten von erheblichen Umständen steht der des Versicherers nicht gleich.

2. Aus der Praxis. a) Kenntnis des Gerichtsvollziehers (vgl. JDR. **2** Ziff. 2b).

OLG. 8 33 (Colmar): Der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher handelt bei deren Vornahme als Vertreter des Gläubigers, mithin ist seine Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Schuldners bei der Pfändung maßgebend (vgl. Rottmann, Stellung des Gerichtsvollziehers 46 ff.).

b) **RG. 04** 629: Für die Frage der Kenntnis der Zahlungseinstellung seitens des Gemeinschuldners genügt die Kenntnis des Vertreters eines Konkursgläubigers.

c) **RG.** JW. **04** 482 handelt über die Anwendbarkeit des § 166 auf Rechtshandlungen nicht rechtsgeschäftlicher Natur. Die wahrheitswidrigen Angaben des Vertreters werden dem von ihm vertretenen Versicherten zugerechnet.

d) OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 198: Nicht ist die Annahme berechtigt, daß der ein Telephon mit Fug Bedienende auch befugt sei, namens seines Prinzipals verbindliche Erklärungen abzugeben. Der Inhaber des Telephonanschlusses haftet nicht für die mittels desselben abgegebenen Erklärungen (dagegen Staub § 54 Anm. 11, vgl. auch Frankenburger, o. Ziff. 1a zu § 147).

e) OLG. 8 429 (Marienwerder): Wer den Schriftwechsel in einer Sache durch einen Anwalt führen läßt, erteilt diesem hierdurch noch nicht eine uneingeschränkte Vollmacht, so daß er dessen Erklärungen als rechtsverbindlich gegen sich gelten lassen müsse.

f) **RG.** SeuffA. **59** 312: Da die Erteilung der Vollmacht regelmäßig an keine Form gebunden ist, kann sie auch stillschweigend erfolgen.

g) OLG. Breslau, R. **04** 313: Wenn der Beklagte auf Anfrage seines Anwalts, ob er ein Urteil vollstrecken lassen wolle, es diesem anheimstellt, so liegt darin eine bestimmte Weisung im Sinne des Abs. 2; es genügt daher, daß der Beklagte selbst von der Zahlungseinstellung Kenntnis hatte.

§ 167. *E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 139 ff.: Insoweit das Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme eine Vollmacht oder eine Zustimmung erteilt wird (das Hauptgeschäft) bedingungsfeindlich ist (gleichviel ob ex lege oder nicht ex lege, vgl. o. Ziff. 1 zu § 158), vertragen auch Vollmacht und Zustimmung (die Komplementärgeschäfte) weder Bedingung noch Zeitbestimmung (akzessorische Bedingungsfeindlichkeit). Sind Bedingung und Befristung beim Hauptgeschäfte zulässig, so ist noch die selbständige Bedingungsfeindlichkeit von Vollmacht und Zustimmung zu prüfen. Das Bedingungsverbot ist auch hier auszusprechen, wenn der Zustimmungsbedürftige oder sein Gegner (an der Zustimmung) und der Dritte, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll (an der Vollmacht) ein rechtliches Bestimmtheitsinteresse hat. Dagegen ist das Interesse des zu Bevollmächtigenden nicht schutzbedürftig. — Ein rechtliches Interesse besteht erst nach Vornahme des Hauptgeschäfts. Vollmacht und Zustimmung begründen an sich noch keine Rechtsverhältnisse, sondern nur Wirksamkeitsvoraussetzungen für künftig abzuschließende Rechtsgeschäfte (vgl. o. zu § 158 Ziff. 1).

§ 168. *v. Tuhr, Iherings J. **48** 37 ff.: Die unwiderrufliche Inkassovollmacht ist wertlos, wenn der Gläubiger die konkurrierende Befugnis der Einziehung behalten soll. Verzichtet er darauf, so ist die ganze Verabredung als Zession aufzufassen.

§ 172. Über diesen Paragraphen handelt eingehend RG. **56** 63—70: Die positive Vorschrift des § 172, welche gerade nur die in der Form einer Vorlegung der Urkunde erfolgende Kundgebung mit besonderer Rechtswirkung bekleidet, läßt eine ausdehnende Anwendung keinesfalls dahin zu, daß dem gesetzlichen Erfordernisse genügt wäre, wenn die Vollmachtsurkunde zwar nicht vorgelegt, aber nach Beschaffenheit und Inhalt genauer bezeichnet worden ist (68). „Vorlegen" bedeutet die Handlung, wodurch dem anderen der Gegenstand tatsächlich zur Hand oder doch vor Augen gestellt, seiner sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gemacht wird (66).

§ 176. Rietsch, Handbuch der Urkundwissenschaft 595, 596: Diese Kraftloserklärung ist eine Kraftloserklärung des Inhalts der Urkunde und unterscheidet sich dadurch von der nach § 799 BGB. (s. das.).

§ 177. RG. ZBlFrG. **4** 789 ff.: Wird der Genehmigung seitens des Vertretenen eine Bedingung hinzugefügt, so ist infolgedessen das Vertragsangebot nicht ohne weiteres als abgelehnt anzusehen.

§ 179. I. Abs. 1. 1. Schadensersatz im Sinne des Abs. 1. Hierunter versteht Planck (3) Anm. 2 zu § 179 die Herstellung des Zustandes, welcher durch den Vertrag bezweckt ist und dessen Folge gewesen sein würde, wenn der Vertrag für und gegen den Vertretenen wirksam gewesen wäre. Beim obligatorischen Vertrage bestehe diese Herstellung in dessen Erfüllung. Gegen diese Grundauffassung wendet sich Kipp, DJZ. **04** 263 ff., der es für zweifellos hält, daß das Gesetz dem Gläubiger von vornherein wahlweise nebeneinander den Anspruch auf Erfüllung und den auf Schadensersatz in Geld hat gewähren wollen. (Ebenso Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 179.) Ihm erscheint der einfache Gedanke des Gesetzes der zu sein, daß der Mitkontrahent, wenn er will, den Vertreter als Kontrahenten auf Erfüllung in Anspruch nehmen darf, daß er aber, wenn er es vorzieht, auch ablehnen kann, den Vertreter in den Vertrag eintreten zu lassen und dann Ersatz der Summe verlangen kann, um die sich der jetzige Stand seines

Vermögens von dem unterscheidet, den er haben würde, wenn er dem Vertretenen geleistet und von ihm Leistung empfangen hätte (264).

2. Aus der Praxis.

a) OLG. Breslau, R. **04** 44: In der Begründung einer Streitverkündung mit dem Anspruche der Schadloshaltung gegen den ohne Vertretungsmacht handelnden Vertreter liegt nicht die Ausübung des Wahlrechts.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 230 ff.: Die Beweislast ist verschieden, je nachdem der Beklagte behauptet, nicht im eigenen Namen abgeschlossen zu haben, oder wenn er als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch genommen wird.

II. Abs. 2. Berechnung des Vertrauensinteresses.

RG. 58 326, JW. **04** 447 ff.: Die abstrakte Berechnung des Schadens ist rechtlich zu billigen, es genügt daher z. B. der Nachweis der Differenz zwischen dem Ankaufspreis und demjenigen Preise, zu dem Ersatzware zu der kritischen Zeit zu kaufen war. — Dadurch, daß man zunächst versucht, die Ausführung der Abschlüsse zu erreichen, geht man des Rechtes auf Schadensersatz nicht verlustig (448).

§ 180. Köhler, SchlHolstAnz. **04** 29: Eine Willenserklärung, die gegen die Vorschrift des § 180 verstößt, ist nicht schlechthin ungültig, vielmehr hängt ihre Gültigkeit von der nachträglichen Genehmigung ab. Hierauf deutet § 182 direkt hin, da er auch bei einseitigen Rechtsgeschäften ein Abhängen der Gültigkeit von der Zustimmung Dritter kennt.

§ 181. 1. a) BayObLG., RJA. **5** 25 ff., R. **04** 629 Nr. 2695: Der Vater der an dem Gesamtgut anteilsberechtigten Kinder kann die Einwilligung dieser zu einer von ihm abzugebenden Erklärung auch durch unmittelbare Betätigung erteilen, die insoweit, als sie für den anderen Teil bestimmt ist und eine an ihn gerichtete Erklärung ersetzt, von der Vorschrift des § 181 nicht berührt wird.

b) **RG. 56** 107 ff., JW. **04** 37: Die Bedeutung eines gesetzlichen Verbots im Sinne des § 134 kann dem § 181 nicht beigelegt werden, vielmehr handelt es sich um eine Dispositivvorschrift. (Ebenso Hupka und Dernburg gegen Planck; s. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 181.) Es wäre widerspruchsvoll, wollte man das Selbstkontrahieren des Vertreters nicht nach § 177 als genehmigungsfähig ansehen, obschon es ihm ausdrücklich und stillschweigend gestattet werden kann. Auch die Verwandtschaft, die die Vorschrift des § 181 mit den §§ 456 und 457 besitzt, spricht hierfür; vgl. auch § 458.

c) OLG. Jena, R. **04** 192: Der Akt des sogen. Selbstkontrahierens muß, um rechtswirksam zu sein, äußerlich wahrnehmbar in die Erscheinung treten.

d) OLG. **8** 30 (KG.): Der § 181 ist auch auf Rechtsgeschäfte anwendbar, die auf Grund einer vor 1900 ausgestellten Vollmacht vorgenommen werden. — Die bloße Ausstellung einer Generalvollmacht läßt noch nicht auf eine Gestattung des Selbstkontrahierens schließen (31).

2. LG. Colmar, ZBlFrG. **5** 325: Der Substitutionsbevollmächtigte kann, da er unmittelbarer Vertreter des ursprünglichen Vollmachtgebers ist, mit dem Bevollmächtigten rechtsgültig ein Rechtsgeschäft vornehmen. Ebenso JDR. **2** Ziff. 7a und JDR. **1** Ziff. 3a.

3. Das LG. Colmar, ZBlFrG. **4** 715 beharrt hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des § 181 bei einem Erbauseinandersetzungsvertrage zwischen mehreren minderjährigen Geschwistern — trotz der entgegengesetzten Auffassung des OLG. Colmar — auf seinem bereits früher (s. JDR. **2** Ziff. 3d) vertretenen Standpunkt.

4. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 121: Die Abtretung von Hypotheken seitens des Gläubigers an eine von ihm vertretene Aktiengesellschaft ist nach § 181 nichtig.

5. **RG. 56** 104: Umgehung der Vorschrift des § 181 derart, daß das Recht des Vertretenen zunächst auf einen Dritten und von diesem alsdann auf den Vertreter übertragen wird, ist ebenfalls nach § 181 unwirksam.

6. Anwendbarkeit des § 181 auf den Testamentsvollstrecker (vgl. KG., JDR. **2** Ziff. 7 b, jetzt auch OLG. **8** 277 und KGJ. **27** A 148 abgedruckt).

a) **RG.** DJZ. **04** 995, RheinNotZ. **49** 255, zieht in Frage, ob § 181 überhaupt auf Testamentsvollstrecker Anwendung findet, in Ansehung derer es an einer Bestimmung, wie solche im § 1795 für den Vormund getroffen sei, fehle.

b) **RG.** DJZ. **04** 556 ff.: Ein Handeln im Interesse der Erbengesamtheit ist mit dem Amte des Testamentsvollstreckers nicht unvereinbar, im Widerspruche mit seinem Amte steht nur ein Handeln im Sonderinteresse, bei dem er über den Nachlaß oder Nachlaßteile für sich verfügt.

7. In Übereinstimmung mit OLG. Colmar (JDR. **2** Ziff. 3 d) erachten zwei Beschlüsse des OLG. Colmar von 1904 (ElsLothNotZ. **24** 335) den Grundbuchrichter nicht für berechtigt, eine durch das Vormundschaftsgericht genehmigte Teilung dahin zu prüfen, ob die dabei beteiligten Minderjährigen gehörig vertreten waren.

8. Die Entsch. d. KG., JDR. **2** Ziff. 2, findet sich jetzt auch OLG. **8** 32.

9. Die Entsch. d. KG., JDR. **2** Ziff. 7 a, findet sich jetzt auch RheinNotZ. **49** 9 ff.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 182. 1. Einwilligung oder Genehmigung ersetzt die im § 47 Abs. 3 des Gesetzes betr. die G. m. b. H. erforderte schriftliche Vollmacht nicht, *Merzbacher, Ges. m. b. H. § 47 Anm. 4.

2. KGJ. **23** A 136, **24** A 235: Aus der Bestimmung des Abs. 1, wonach die Erteilung sowie die Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen wie dem anderen Teile gegenüber erklärt werden kann, wird allgemein der Schluß gezogen, daß die Zustimmung oder ihre Verweigerung ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sei.

Dagegen hält BayObLG. (KGJ. **27** A 305, RJA. **4** 132, BayObLG. **5** 42 ff., SeuffA. **59** 260, ZBlFrG. **4** 710 ff.) daran fest, daß § 182 Abs. 1 sich nur auf den Fall beziehe, daß die Erteilung sowie die Verweigerung der Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt wird, daß aber hierdurch eine Genehmigung durch eine anderweitige Betätigung des Genehmigungswillens nicht ausgeschlossen werde (vgl. auch BayObLG. 4. 11. 04, R. **04** 629 Nr. 2695).

3. Vgl. Bruck o. zu § 167.

§ 185. 1. *Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag 77, widerspricht der von Eccius, Gruchots Beitr. **47** 65, aufgestellten Ansicht, wonach auch der von einem unberechtigten Vertreter geschlossene, dingliche Vertrag, durch welchen zum Nachteile des Vertretenen verfügt wird, eine Verfügung eines Nichtberechtigten sein soll (vgl. JDR. **2** Ziff. 1).

2. a) Strohal, Dekanatsprogramm 1904 27 ff.: Die Vorschriften über Verfügungen, insbesondere § 185, sind auf bewilligte Vormerkungen nicht nur entsprechend, sondern unmittelbar anzuwenden (28). Die Bewilligung einer Vormerkung ist ein Verfügungsgeschäft (29). Auch Sekler, Lehre von der Vormerkung 174 fordert Anwendung des § 185 auf die Vormerkung.

b) Dagegen erachtet es Stintzing, R. **04** 323 für eine falsche Konstruktion, wenn man die Einwilligung des § 185 stets auf die Bewilligung der Vormerkung bezieht. Sie könne es sein, aber nur ganz ausnahmsweise, z. B. dann,

wenn unter den Parteien Einverständnis besteht, daß die endgültige Eintragung nur zum Scheine erfolgen solle. Aber selbst dann beziehe sie sich doch auf die demnächst erfolgende Scheineintragung der Rechtsveränderung. Regelmäßig liege aber in der Zustimmung des nicht eingetragenen Berechtigten die Zustimmung zu der Einigung oder der Aufgabeerklärung, ja vielleicht noch häufiger die Zustimmung schon zu dem Schuldvertrage.

3. Wesen der Verfügung.

Eccius, Gruchots Beitr. **48** 465 ff.: Nicht gehört zum Wesen einer wirksamen Verfügung, daß der Verfügende das von der Verfügung betroffene Recht habe, wohl aber gehört zu diesem Wesen, daß der Gegenstand, auf den die Verfügung einwirken soll, zur Zeit der Verfügung existiert, daß die durch die Verfügung gewollte Rechtsveränderung im Augenblicke der Verfügung möglich ist (466). Eine Verfügung über etwas, was nicht ist, kann solche Wirksamkeit seit der Zeit der Verfügung — analog dem Abs. 2 des § 185 — nie erlangen (a. M. v. Tuhr, DJZ. **04** 426 ff.). Verfügung über etwas, was nicht ist, widerspricht dem Wesen der Verfügung (467).

4. **RG. 56** 52: Die Einwilligung kann auch stillschweigend erklärt werden, so z. B. liegt in der Erklärung des wirklichen Eigentümers, daß ein anderer unbeschränktes Eigentum an der Sache habe, die Einwilligung des Erklärenden in die Verfügungen des andern.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§§ 186 ff. a) Strs. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 9 ff.: Die Auslegungsvorschriften der §§ 186 ff., insbesondere § 193, sind bei dem Personenstandsgesetze, welches einen vorwiegend formalen Charakter hat und dem öffentlichen Interesse des Staates dienen soll, nicht anwendbar, da dieses Gesetz in sich selbst genügend Hinweise enthält, die alle Zweifel über seine Auslegung ausschließen.

b) Strs. OLG. Hamm, Standesb. **04** 242 wendet dagegen §§ 186 ff., besonders § 193 auf die Berechnung der im § 17 PersStG. festgesetzten Frist an.

c) Priester, Standesamt **1** 141 meint — im Gegensatze zu Sartorius, PersStG. 140 —, daß § 193 BGB. sich auf die Verpflichtungen des Personenstandsgesetzes nicht beziehe, weil das öffentliche Recht nur in den speziell aufgeführten Fällen dem BGB. unterstände.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Reinhard Rosenberg, Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem BGB. München 1904.

§ 194. 1. Begriff des Anspruchs (JDR. **2** Ziff. 1).

a) *R. Rosenberg a. a. O. 31: Da für die Verjährungslehre nur klagbare Ansprüche in Betracht kommen, der Anspruch aber im Zusammenhange mit der Verjährungslehre definiert wird, scheint es berechtigt, nur klagbare Ansprüche anzuerkennen. Für klaglose Ansprüche dagegen Leonhard, Allg. Teil 193.

b) *R. Rosenberg a. a. O. 34: Anspruch im Sinne des § 194 ist das Recht, eine in der Tätigkeit einer bestimmten Person bestehende, daher allein durch sie zu bewirkende Leistung im Wege der Klage zu erzwingen.

Der Anspruch des BGB. ist nicht identisch mit dem Anspruche der ZPO. Diese versteht unter Anspruch das aktuelle Ansprechen des Gegners im Prozesse. Danach unterscheidet er sich von dem Anspruche des BGB. einmal durch die materielle Voraussetzungslosigkeit; ferner aber auch inhaltlich. Gegenstand des Anspruchs im Sinne des BGB. ist nur eine Leistung, dem Gegenstande des prozessualen Anspruchs ist hingegen ein viel weiterer Spielraum gelassen.

Das BGB. hält an seiner eigenen Definition nicht konsequent fest. Es spricht § 758 von dem Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft, obwohl hier keine Leistung verlangt wird.

2. Arten des Anspruchs (JDR. **2** Ziff. 4).

*L. Goldmann, Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung 56 ff.: Dingliche Ansprüche im Gegensatze zu den aus dinglichen Rechten entspringenden persönlichen Ansprüchen sind Ansprüche, welche auf Grund des Inhalts der dinglichen Rechte erhoben werden. Dagegen ist für die aus den dinglichen Rechten hervorgehenden persönlichen Ansprüche nicht wesentlich, daß sie, wie Hellwig annimmt, auf Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten gerichtet sind.

3. Natur des Feststellungsanspruchs (JDR. **2** Ziff. 1b; die dort angeführte Entsch. des OLG. Hamburg findet sich jetzt auch OLG. **8** 46).

*R. Rosenberg a. a. O. 35 ff.: Feststellungsansprüche fallen nicht unter den Anspruchsbegriff im Sinne des § 194, weil sie nicht auf eine Leistung gerichtet sind (36). Der Anfechtungsanspruch der Gläubiger im Konkurs ist, wenn man darunter das Recht zur Anfechtung versteht, kein Anspruch im Sinne des § 194. Wohl aber unterliegt der Verjährung der Anfechtungsanspruch als der auf Grund der Anfechtung gegen den Anfechtungsgegner entstehende Anspruch (37).

4. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1168: Wenn das BGB. eine Verjährung nur für Ansprüche kennt, so folgt daraus nicht, daß Rechte, für die in besonderen Gesetzen eine Verjährung angeordnet ist, die sich aber als „Ansprüche" im Sinne des BGB. nicht charakterisieren, fortan der Verjährung entzogen wären.

§ 195. 1. BayObLG. **5** 267: Die Klage auf Feststellung der Ungültigkeit oder auf Aufhebung eines Vertrags unterliegt, auch wenn der Vertrag die Übertragung des Eigentums an Grundstücken betrifft, der dreißigjährigen Verjährung.

2. Vgl. auch **RG.** Holdheims Mschr. **04** 251 unten zu § 477.

§ 196. 1. Gewerbebetrieb. (Über den Begriff vgl. Bendix, JDR. **2** Ziff. 1.)

RG. SächsA. **14** 208 ff.: Die Beziehung auf den Gewerbebetrieb kann auch eine mittelbare sein (211). Bei Verträgen eines Gewerbetreibenden ist im Zweifel, wenn sie nicht erkennbar eine andere Richtung haben, die Beziehung auf den Gewerbebetrieb anzunehmen (210). Vgl. auch **RG.** JW. **04** 77.

2. *Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 320: Der Rechtsweg ist wegen des Schulgeldes für Volksschulen durch § 46 V des ZuständigkeitsG. v. 1. 8. 83 und wegen des Schul- und Pensionsgeldes für die von Stadt- oder Landgemeinden unterhaltenen Schulen aller Art durch §§ 4, 90 des KommunalabgabenG. v. 14. 7. 93 vollständig ausgeschlossen. Im übrigen ist es frei, namentlich wegen der gewerblichen Fach- und Fortbildungsschulen. Irrig ist die Ansicht Stölzels, daß das Schulgeld der höheren Schulen eine privatrechtliche Vertragsverbindlichkeit sei.

§ 198. Satz 2. Verjährung der Ansprüche auf ein Unterlassen (JDR. **2** Ziff. 1—3).

*R. Rosenberg a. a. O. 55: Einer Hervorhebung des Satzes 2 hätte es nicht bedurft, da aus dem Rechte auf ein Unterlassen ein Anspruch erst mit dem Zuwiderhandeln entsteht, der im Augenblicke seines Entstehens zu verjähren beginnt. Mithin ist Satz 2 keine Ausnahme des im ersten Satze aufgestellten Grundsatzes — wie Planck, Rehbein, Dernburg, Hölder behaupten — sondern eine unnötige Wiederholung.

§ 199. Satz 1 und 2. Gegen die herrschende Ansicht, die hierin eine Abweichung von der Regel des § 198 erblickt, führt R. Rosenberg 57 aus, daß es sich auch hier um nichts als die Aufrechthaltung des im § 198 aufgestellten

Satzes handele, weil notwendigerweise die Zulässigkeit der Kündigung mit der Entstehung des Anspruchs zusammenfalle (58). Ebenso Affolter, JDR. 2 Ziff. 1. — Auch Satz 2 des § 199 ist keine Ausnahme des § 198, auch hier fällt Entstehung des Anspruchs mit dem Beginne der Verjährung zusammen (59).

§ 200. Auch hier fällt Beginn der Verjährung und Entstehung des Anspruchs zusammen. Näheres bei R. Rosenberg 59/60. Ebenso Affolter, JDR. 2 zu § 200.

§ 201. AG. II Berlin, KGBl. 04 48: Warenforderungen, die in bezug auf den Gewerbebetrieb des Empfängers entstanden sind, und deren Entstehung in die Zeit vor Inkrafttreten des BGB. fällt, verjähren mit dem Schlusse des Jahres 1903. Bei Bestimmung des Zeitpunkts, von welchem ab die vierjährige Frist für die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Forderungen zu berechnen ist, darf auf den § 201 überhaupt nicht zurückgegangen werden, weil der Beginn der Verjährung, von dem § 201 handelt, für jene Forderungen nach Art. 169 Abs. 1 EGBGB. nach den früheren gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen ist. Näheres über diese Streitfrage s. JDR. 2 zu § 201.

§ 202. 1. Einredebegriff (vgl. JDR. 2 Ziff. 1).

a) *Betzinger, Beweislast (2) 23 ff., sucht den Einredebegriff des BGB. in Analogie der strafrechtlichen Antragsnormen logisch dadurch zu konstruieren, daß die „Geltendmachung" (der Antrag) als weitere Tatbestandsvoraussetzung für die anspruchvernichtende oder -aufschiebende Rechtswirkung der Einredenormen aufgefaßt wird. — Abgelehnt wird der Einredebegriff für die Stundung und die Rechtskraft, welche vom Richter — sofern ihr Tatbestand feststeht — auch ohne „Geltendmachung" zu berücksichtigen sind; anders bei der Einwendung des Mieterrechts gegenüber dem Eigentumsanspruche. Nach Charakterisierung der im BGB. enthaltenen 20 einzelnen Einrede-Tatbestände erörtert der Verfasser die rechtsphilosophische und gesetzgeberische Grundlage und Berechtigung des Begriffs der Antragsnorm (materiell-rechtlichen Einrede), tritt jedoch der neuen (im Widerspruche mit dem gemeinen und ZPO. stehenden) Terminologie entgegen, wonach Einrede für materiell-rechtliche Einrede gebraucht wird.

b) *Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse: Der Satz: „Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten ist unzulässig — ausnahmsweise aber zulässig", ist unrichtig. Es ist zu unterscheiden, ob die Einrede eine Tatsache vorbringt, vermöge welcher der geltend gemachte Anspruch nicht entstanden, oder wenn entstanden, wieder untergegangen ist, ob sie ein Recht gegen den Anspruchsberechtigten verfolgt (Wandelungs-Minderungseinrede, die Einreden aus §§ 812, 821, 853, 2174 BGB.) oder ob sie ein Recht verteidigt, indem sie den erhobenen Anspruch verneint (z. B. Einrede des Nießbrauchs gegenüber der Eigentumsklage).

I. Da man sich auf Tatsachen immer berufen kann, auch wenn sie sich innerhalb eines fremden Rechtsverhältnisses ereignet haben, so ergibt sich für Einreden, welche Tatsachen geltend machen, daß sie auch dann zulässig sind, wenn sie „aus dem Rechte eines Dritten sind", d. h. genauer, wenn sie zunächst innerhalb eines fremden Rechtsverhältnisses bestehen, wo sie entweder dem Dritten zustehen (Bürge, Schuldübernehmer usw.) oder gegen den Dritten stehen (Zedent). — Steht so die Zulässigkeit im Sinne der rechtlichen Statthaftigkeit solcher Einreden außer Frage, so ist es ein anderes mit ihrer Möglichkeit im Sinne ihrer juristischen Wirksamkeit. Diese ist davon bedingt, daß eine solche Verknüpfung zwischen den beiden in Betracht kommenden Ansprüchen besteht, daß die Entstehung oder der Fortbestand des einen vom Bestande des anderen bedingt ist. Solche Verknüpfung ist gegeben:

α. bei der Bürgschaft;

β. in den Fällen der Sukzession (Zession, Schuldübernahme);

γ. bei der sogen. titulierten Anweisung;

δ. in jenen Fällen, wo jemand seinen Anspruch oder seine Verteidigung darauf stützt, daß ein fremder Anspruch besteht oder bestand, weil hier dem Angegriffenen die Möglichkeit gegeben ist, sich dadurch erfolgreich zu schützen, daß er die Einreden vorbringt, die dem fremden Anspruch entgegenstehen.

Beispiele: αα. Die Fälle der sogen. „Konfliktsklagen" d. i. jener Klagen, welche den Konflikt mehrerer auf dasselbe Objekt gewiesener Gläubiger zum Austrage bringen wollen. Der Beklagte kann Einreden des dritten Schuldners vorbringen, welche den Anspruch des Klägers gegen jenen als nicht bestehend dartun.

ββ. Wer einen Zweiten im Wege des Regresses auf Ersatz des Ausfalls in Anspruch nimmt, den er durch den Anspruch eines Dritten an seinem Vermögen erlitten hat, muß sich vom Zweiten einwenden lassen, daß jener Anspruch gar nicht bestanden habe, weil er mit dieser oder jener Einrede behaftet gewesen sei usw.

ε) In den Fällen der sogen. Regredienteneinrede, d. h. jener Einrede, die dort, wo ein prinzipal Verpflichteter durch Einrede geschützt ist, auch dem akzessorisch Haftenden gegeben wird, damit er nicht andernfalls im Wege des Regresses den Prinzipalschuldner in Anspruch nehme und auf diese Weise den diesem gegen den Gläubiger direkt gewährten Schutz unmöglich mache.

Die Einreden aus dem Vertrage bei dem Versprechen auf Leistung an Dritte (§ 334 BGB.) sind keine Einreden aus dem fremden Rechtsverhältnisse, denn sie entspringen der durch den Vertrag geschaffenen unmittelbaren Rechtsstellung des Versprechenden zum Dritten.

Ebenso ist es keine Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse, wenn in jenen Fällen, da mehrere Ansprüche auf einen identischen Zweck gehen, sämtliche Ansprüche durch einmalige Erfüllung dieses Zweckes untergehen und nun gegenüber dem einen Anspruch geltend gemacht wird, daß sein Zweck innerhalb des fremden Rechtsverhältnisses Erfüllung gefunden habe. (Schadensersatz- und Versicherungsanspruch, Schadensersatz- und Alimentationsanspruch usw.); vgl. a. a. O. 151 ff., besonders 192 ff.

II. Einreden, welche Rechte verfolgen, „rechtsverfolgende" Einreden können nur von demjenigen geltend gemacht werden, dem das zu verfolgende Recht zusteht. Hier gilt allerdings der Satz, daß Einreden aus dem fremden Rechtsverhältnis unzulässig sind. Es ist dabei aber festzuhalten, daß es sich hierbei nicht um eine Eigentümlichkeit der Einrede, sondern um eine solche des mit ihr verfolgten Rechtes handelt, weshalb richtiger zu sagen wäre: „Die einredeweise Verfolgung fremder Rechte ist unstatthaft". Aus diesem Gesichtspunkte sollte dem Bürgen die Wandelungs- und Minderungseinrede versagt sein, was sie nach dem Wortlaute der §§ 768 und 770 BGB. allerdings nicht sind. Eine nur scheinbare Ausnahme von diesem Satze ist es, wenn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags dem Bürgen, Schuldübernehmer usw. gegeben wird. Die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrags tragen vermöge des Gedankens, daß der Anspruch vor Erbringung der Gegenleistung nicht vorhanden, oder mindestens nicht fällig ist, die Entwickelungsfähigkeit auch nach der Seite der anspruchsverneinenden Einrede in sich. Bei Dritten (Bürgen, Schuldübernehmer usw.) schlägt dieser anspruchsverneinde Charakter vor.

III. Die rechtsverteidigende Einrede hat eine Mittelstellung zwischen der anspruchsverneinenden und der rechtsverfolgenden Einrede, denn sie bedeutet Anspruchsverneinung zum Zwecke der Rechtsverteidigung. Sie verhält sich daher, sowohl in dem einen, als auch in dem anderen Sinne. Ihr hauptsächlichstes Anwendungsgebiet bilden die Fälle des § 986 BGB. (vgl. a. a. O. 202 ff., 264 ff.).

2. Begriff der Stundung (vgl. JDR. **2** Ziff. 3).

a) Im GRschutz **9** 296 wird Gläubigern empfohlen, um ihre Forderungen ohne eine Mitwirkung des Schuldners vor der Verjährung zu bewahren, den Forderungsrückstand dem Schuldner vorläufig, aber jederzeit widerruflich zu stunden und diese Stundung dem Säumigen mittels eingeschriebenen Briefes mitzuteilen.

Mit Recht wenden sich hiergegen Simon und *Wassermann a. a. O. 340 und 341.

b) Letzterer führt aus: Die Stundung im Sinne dieses Paragraphen ist einer der Gründe, welche den Verpflichteten vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigen. Es handelt sich also um ein Recht des Schuldners; ein solches Recht kann durch einseitige Erklärung des Gläubigers ohne Zutun des Schuldners nicht begründet werden, da sich niemand ein Recht aufoktroyieren lassen muß, dessen Erwerb für ihn den Verlust eines anderen Rechtes zur Folge hat. Nach herrschender Meinung kann eine Stundung wirksam nur durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner zustande kommen. Die Zusendung eines Briefes von seiten des Gläubigers, in welchem er seinem Schuldner Stundung gewährt, begründet einen solchen Vertrag nicht; wenigstens hat im Normalfalle der Schuldner keine Verpflichtung, auf Briefe des Gläubigers zu antworten, und eine Nichtbeachtung solcher Briefe kann als Einverständnis mit deren Inhalt nicht ausgelegt werden.

c) Das OLG. Dresden läßt es in einem Erkenntnisse, SächsA. **14** 232, dahingestellt, ob zur Annahme einer Stundung im Sinne des § 202 Abs. 1 nicht gehört, daß die Stundung vom Verpflichteten nachgesucht und damit der Anspruch von ihm anerkannt wird.

§ 203. **RG.** JW. **04** 55: Die Vorschriften über die Hemmung der gesetzlichen Verjährung beziehen sich nicht auf Versäumnis einer Vertragspflicht.

§ 208. Unterbrechung durch Anerkenntnis. JDR. **2** Ziff. 1—3 zu § 208.

a) R. Rosenberg 104 ff. erachtet die herrschende Meinung, welche die Anerkennung im weiteren Sinne faßt, für richtig, weil durch den Wortlaut des § 208 „und in anderer Weise" der Ausdehnung des Begriffs der Anerkennung ein weiter Spielraum gelassen werden sollte (104 Anm. 5).

RG. 54 221: Stillschweigende Anerkennung genügt. Anerkennung liegt auch dann vor, wenn ein Dritter mit Genehmigung des Verpflichteten eine Handlung vornimmt, welche als Selbsthandlung des Verpflichteten als Anerkennung gelten würde (105).

b) KG., KGBl. **04** 12: Durch Leistung einer Teilzahlung wird die Verjährung nur dann unterbrochen, wenn die Zahlung zugleich als Anerkennung der Restforderung aufzufassen ist.

c) Auch das RG. äußert gelegentlich, **RG. 54** 221, daß die Anerkennung eines bestimmten Schuldgrundes nicht vorausgesetzt werde.

§ 209. 1. Unterbrechung der Verjährung durch Einklagung eines Teilbetrags der Forderung (s. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 209).

RG. 57 372 ff., JW. **04** 257, DJZ. **04** 649: Nach dem BGB. unterbricht die gerichtliche Geltendmachung eines Teiles des Anspruchs die Verjährung nicht auch in betreff des übrigen Teiles, weil eine Unterbrechung nur insoweit eintritt, als der Klaganspruch rechtshängig wird (373). Dies wird aus der Entstehungsgeschichte des § 207 des näheren begründet (374/375). Ebenso auch AG. Erfurt, NaumburgAK. **04** 19.

2. Ziff. 3. a) *Weigelin, Recht zur Aufrechnung: Nicht die Aufrechnungserklärung als solche, sondern deren Geltendmachung bewirkt Unter=

brechung der Verjährung (171). Unterbrechung tritt nur bezüglich desjenigen Betrags der Gegenforderung ein, welcher zur Aufrechnung gebracht ist (171 Note 35).

b) **RG.** R. **04** 251 Nr. 1132: Die Einrede der Aufrechnung unterbricht die Verjährung; aus dem Satze, daß durch die Erhebung der Kompensationseinrede die Gegenforderung nicht rechtshängig werde, kann nicht das Gegenteil gefolgert werden.

3. Ziff. 4. a) **RG. 58** 80, JW. **04** 382: Zur Auslegung dieser Vorschrift sind lediglich die Bestimmungen der ZPO. über die Streitverkündung heranzuziehen. — Für den Begriff der Abhängigkeit kann nicht der von der Aussetzung des Verfahrens handelnde § 148 ZPO. in Betracht kommen (vgl. auch Goldmann-Lilienthal I 263).

b) OLG. 8 69 (Posen): Nur eine im Laufe des Rechtsstreits bewirkte Streitverkündung unterbricht die Verjährung.

§ 211. Abs. 2 Satz 1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 232: Die Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens gibt dem Beklagten nicht das Recht zur vorübergehenden Verweigerung der Leistung im Sinne des § 202 Abs. 1, sondern läßt den Prozeß infolge einer Vereinbarung in Stillstand geraten und die Verjährung deshalb von neuem beginnen.

§ 212. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1110 ff., SächsA. **14** 480: Die Unterbrechung der Verjährung durch Zurücknahme der Klage wird auch dann aufgehoben, wenn die Zurücknahme erfolgt ist, weil die Parteien die Entscheidung des Streites durch ein Schiedsgericht verabredet haben, denn gegenüber der positiven Bestimmung kann das Motiv der Zurücknahme nicht in Betracht kommen, auch kann das schiedsrichterliche Verfahren, da es kein gerichtliches ist, nicht als Fortsetzung der gerichtlichen Austragung erachtet werden (1114).

§ 215. 1. KG., KGBl. **04** 12: Die Tatsache, ob die Aufrechnung in dem Prozeß, in dem sie erklärt wird, für zulässig erklärt oder zurückgewiesen wird, kommt für die Fortdauer oder den Wegfall der durch sie herbeigeführten Unterbrechung der Verjährung überhaupt nicht in Betracht (vgl. auch Kohler, JDR. **1** zu § 215).

2. Abs. 2: Diese Bestimmung betrifft gerade auch den Fall, daß die Aufrechnung als unzulässig zurückgewiesen wird. KG. wie zu 1.

§ 221. *Holtz, Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften: Bei Eintritt der auflösenden Bedingung kommt im Falle des § 221 die während des Schwebezustandes verflossene Verjährungszeit dem Rückerwerber nicht zugute. Letzterer ist nicht Rechtsnachfolger des auflösend bedingt Berechtigten, was aus dem Wortlaute des § 158 Abs. 2 zu folgern ist. Danach gilt mit Eintritt der auflösenden Bedingung der Rechtszustand als der frühere, als unverändert. Gerade hieraus will Rehbein 314 schließen, daß auch der Anspruch als der frühere gelte, die Verjährung also unverändert fortgelaufen sei. Er übersieht aber, daß der frühere Rechtszustand nicht ex tunc, sondern ex nunc „mit diesem Zeitpunkte" eintritt (22—25, 26).

Während der Schwebezeit gewissermaßen Hemmung der Verjährung zu Lasten des Rückerwerbers, aber keine Unterbrechung der Verjährung; daher kann der Rückerwerber die während seiner eigenen früheren Besitzeszeit abgelaufene Verjährungszeit sich anrechnen (23, 24). A. A. Meisner 190 f., Motive 341, Planck 364, v. Staudinger 574. Polemik dagegen 25—28.

Die Anwendung obiger Grundsätze ist überhaupt bei den im § 902 Abs. 1 Satz 2 erwähnten, verjährbaren Ansprüchen aus dinglichen Rechten an Grundstücken ausgeschlossen (23 Anm. 24).

§ 222. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 100: Der § 222 ist analog auf diejenigen Forderungen anzuwenden, denen durch einen Zwangsvergleich die Klagbarkeit genommen ist, da auch bei diesen eine gewisse sittliche Verpflichtung besteht. — Das vertragsmäßige Anerkenntnis des Abs. 2 muß — schon nach dem Wortlaute des Gesetzes — ein schriftliches Schuldanerkenntnis nach § 781 sein (vgl. über diese letzte Streitfrage besonders JDR. **1** Ziff. 3).

Dagegen nimmt OLG. Braunschweig, R. **04** 164 an, daß in dem vertragsmäßigen Anerkenntnis ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung liegen könne, welcher zu seiner Gültigkeit der Schriftform nicht bedürfe.

2. **RG. 57** 376: Der Einrede der Verjährung steht die Replik der Arglist entgegen, wenn der Beklagte durch sein Verhandeln über die Höhe des von ihm dem Grunde nach anerkannten Anspruchs mit dem Kläger diesen von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten hat.

§ 223. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 109 meint, daß sich insbesondere aus Abs. 2 des § 223 ergebe, daß das BGB. der Sicherungsübereignung und Sekuritätszession seine Anerkennung nicht versagt habe. Im übrigen s. über die Sicherungsübereignung als fiduziarisches Geschäft **RG. 57** 177, o. Ziff. 1a zu § 117.

§ 225. *Rosenberg, AzivPr. **94** 100: Diejenige Partei, die eine Abkürzung der Verjährungsfrist behauptet, trägt die Beweislast.

Sechster Abschnitt.

Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Titze, Einwirkung des BGB. auf Polizeiübertretungen im Notstand, DJZ. **04** 285—293.

§ 226. 1. *Manzka, Rechtsgrund des Schadensersatzes 186 ff.: Rechte sind gewährt zum Schutze bestimmter schutzwürdiger Interessen. Die Rechtsausübung sollte nur dann zulässig sein, wenn sie im Einzelfalle diesen Interessen und nicht etwa schutzunwürdigen Interessen dient. Man sieht nun im allgemeinen nicht darauf, ob das konkrete schutzwürdige Interesse vorhanden ist, sondern sieht in der Rechtsausübung das Symptom für das Vorhandensein des schutzwürdigen Interesses, man verwechselt das Wesen (das Vorhandensein des Interesses) mit dem regelmäßigen Begleitmerkmal (der Rechtsausübung). Von diesem schließt man auf das Vorhandensein des Wesens, des schutzwürdigen Interesses. Es besteht nun bei dieser Sachlage die Gefahr, daß unter der Maske der Rechtsausübung schutzunwürdige Interessen verfolgt werden. Das darf die Rechtsordnung nicht dulden, wenn sie nicht mit sich ein Spiel treiben lassen will. Eine Rechtsausübung ist daher nur zur Verfolgung der Interessen zulässig, zu deren Schutz das Recht gewährt wurde.

Heute sind wir erst im Übergange von der Verwechselung des Wesens mit dem Begleitmerkmale zur richtigen Würdigung der Sachlage begriffen. Der krasseste Fall des Nichtvorhandenseins des schutzwürdigen Interesses, daß die Rechtsausübung nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, wird in BGB. § 226 berücksichtigt.

2. *Martinius, AzivPr. **46** 135: Jede angenehme Nervenerregung, welche nicht die der Schadenfreude ist, läßt die Ausübung eines Rechtes als zulässig erscheinen.

3. Der § 226 findet keine ergänzende Anwendung bei Einwirkung auf den Gang der Bedingung bei sogen. Potestativbedingungen im Falle des § 162 (vgl. hierzu *Holtz, Der Schwebezustand ꝛc. o. Ziff. 1 zu § 162).

4. Aus der Praxis.

a) **RG. 56** 108: Arglistige Ausbeutung eines nur formalen Rechtes fällt unter § 226.

b) **RG. 58** 217, JW. **04** 405: Eine Handlung, die nicht unter § 226 fällt, kann trotzdem wider die guten Sitten nach § 826 verstoßen. Näheres über das Verhältnis des § 226 zu § 826 s. u. zu § 826.

c) OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 56 ff.: Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wie auch der materielle Inhalt des § 226 ergibt, daß die exceptio doli generalis eine allgemeine Anerkennung von seiten des Gesetzgebers nur unter den Voraussetzungen gefunden hat, die § 226 aufstellt (58).

d) Neidbau (vgl. Glathner, JDR. **2** Ziff. 1).

OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 225: Die Entziehung von Licht und Luft ist dem Nachbar dann verboten, wenn der Bau lediglich zu dem Zwecke aufgeführt wird, den Nachbar zu schädigen.

§§ 227 ff. 1. *Titze, DJZ. **04** 285 ff.: Die Rechte auf Eigenmacht, die das BGB. in den §§ 227 ff., im § 904 u. A. gewährt, berechtigen nur zu Eingriffen in die Rechtsgüterwelt anderer Personen (des Angreifers bei der Notwehr, des Eigentümers bei dem Sachbeschädigungsrecht im Notstand usw.). Darum werden Handlungen, die ihrer Natur nach nicht als Eingriff in eine fremde Privatrechtssphäre angesehen werden können, wie z. B. Übertretungen von Polizeiverboten, durch jene Paragraphen nicht ohne weiteres legalisiert. Sie sind vielmehr nur insoweit straflos, als sie im konkreten Falle unter die Voraussetzungen des § 54 StrGB. fallen. Wenn dabei unbillige Resultate nicht ausbleiben, so ist das eine Folge der zu engen Fassung des § 54 StrGB., der einen Zusatz erhalten müßte von etwa folgendem Wortlaute: „Eine Übertretung kann der Richter für straflos erklären, wenn sie zum Schutze eines wichtigen, berechtigten Interesses begangen worden ist."

2. *Franz Leonhard, Beweislast 335 ff.: Der Kläger trägt die Beweislast für die Rechtswidrigkeit, also auch dafür, ob Notwehr usw. vorliegt.

§ 227. I. 1. ➳ Dem Nothelfer haftet wegen der Kosten der Nothilfe der Unterstützte gemäß §§ 683 ff., aber der Nothelfer kann nicht, falls nicht etwa auch er „angegriffen" worden ist, wegen der Kosten der Nothilfe ohne weiteres den Angreifer in Anspruch nehmen unter Berufung auf § 823: Titze gegen Oetker, JLBl. **16** 162 (vgl. JDR. **2** I 104). ⇠

2. ➳ Die Verteidigung gegen Tiere fällt nicht unter § 227, sondern untersteht ausschließlich den Regeln des § 228: Titze gegen Oetker, JLBl. **16** 161 (vgl. JDR. **2** I 106). ⇠

II. Aus der Praxis.

1. OLG. **9** 39 (Karlsruhe): Im Falle der Überschreitung der Notwehr ist der Täter dann nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ihn hierbei keine Fahrlässigkeit trifft.

2. **RG.** JW. **05** 14 führt über den gegenwärtigen Angriff aus: Der mittels einer Schußwaffe Angegriffene kann nach den Einrichtungen der gebräuchlichen Schußwaffen noch einen weiteren Schuß befürchten und befindet sich deshalb mitten in der Notwehrlage. Dem Angreifer liegt die Beweislast dafür ob, daß der Angegriffene die Gewißheit haben müßte, der Angriff sei bereits abgeschlossen.

§ 228. 1. ➳ Die Verteidigung gegen jagdbare, also nicht „fremde" Tiere fällt ebenfalls unter den § 228: Titze gegen Oetker, JLBl. **16** 162. ⇠

2. ➳ Ist eine Notstandshandlung nicht mehr durch den § 228, wohl aber durch den § 54 StrGB. gedeckt, so verpflichtet sie unter allen Umständen nach BGB. § 823 zum Schadensersatze; aus der Straflosigkeit darf also nicht die Befreiung von der Verpflichtung zum Schadensersatze gefolgert werden: Titze gegen Oetker, JLBl. **16** 161. ⇠

Siebenter Abschnitt. Sicherheitsleistung.

§ 233. OLG. Breslau, R. **04** 334 Nr. 1469: Erwerb des Pfandrechts an der geleisteten Sicherheit tritt auch dann ein, wenn diese auf Grund der Vereinbarung einem Dritten eingehändigt wird.

Anhang zum Allgemeinen Teile: Beweislast.

Literatur: Betzinger, Beweislast (2) 1904. — Ders., Entscheidungen zur Beweislast (2) 1904. — Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reichs (Fischersche Abhandlungen IX 2), 1904. — Franz Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1904. — Litten, KVSchr. **45** 290 ff. — Rosenberg, Zur Lehre vom sogen. qualifizierten Geständnisse, AzivPr. **94** 1—141.

1. Allgemeines. *Franz Leonhard, Beweislast. Eine Partei trägt die Beweislast heißt: ihr Antrag kann nicht durchdringen, wenn der fragliche Umstand nicht aufgeklärt ist. Der Kläger trägt die Beweislast für die Entstehung der von ihm geltend gemachten Rechtswirkung, der Beklagte für die zeitlich nachfolgende Entkräftung. Diese einfache Regel gilt ausschließlich; Abweichungen ergeben sich nur aus den wirklichen gesetzlichen Ausnahmevorschriften. Der Billigkeit wird durch richtige Handhabung der Beweislast genügend Rechnung getragen.

2. Im Anschluß an sein Buch: Die Beweislast nach der ZPO. und dem BGB. (JDR. **1** Ziff. 5) behandelt *Rosenberg die Verteilung der Beweislast bei Streit über den Abschluß (a) und Inhalt (b) eines Vertrags.

a) Zum Nachweise der Willenserklärung jedes Kontrahenten genügt Beweis einer Erklärung, die äußerlich als Willenserklärung erscheint, ohne daß die Übereinstimmung von Wille und Erklärung dieses Vertragsteils dargetan zu werden braucht (24). Ebensowenig ist Beweis der Willensübereinstimmung beider Kontrahenten erforderlich; es genügt Nachweis eines Vorganges, der sich äußerlich als Vertragsschluß darstellt (24 ff.). Behauptet eine Partei, daß der Vertrag deshalb nicht zustande gekommen sei, weil keine Einigung über alle subjektiv wesentlichen Punkte erzielt worden sei (BGB. § 154), so muß sie nachweisen, daß sie über diese Punkte eine Einigung verlangt habe (28 ff., 314 ff.; **RG.** R. **02** 213 zu § 282 ZPO.). — S. ferner o. zu § 145 Ziff. 1.

b) Steht dagegen fest, daß der Vertrag zustande gekommen ist, und streiten die Parteien nur über den Inhalt dieses Vertrags, so muß jede Partei — mag sie Kläger oder Beklagter sein — diejenigen einzelnen Bestimmungen des Vertrags beweisen, auf die sie ihr Prozeßbegehren stützt (33 ff.). Denn nicht der Vertrag als solcher begründet die Ansprüche der Parteien, sondern das objektive Recht ist es, das dem Vertrage rechtsbegründende Wirkung beilegt. Der Vertrag und jeder seiner Bestandteile hat nur insoweit Bedeutung, als er die Voraussetzungen von Rechtssätzen abgibt; der Inhalt des Vertrags bildet nur den Tatbestand der zur Anwendung kommenden Normen. Gibt der Beklagte zu oder bestreitet er nicht, daß der Vertrag diejenigen, vom Kläger behaupteten Bestimmungen enthalte, an die das Gesetz das mit der Klage begehrte Recht knüpft, und behauptet er noch weitere Vertragsabreden, so leugnet er nicht die Tatsachen, die Voraussetzung der klagbegründenden Norm sind und die allein vom Kläger behauptet und bewiesen werden müssen, sondern er leugnet nur die Schlußfolgerung, die Rechtswirkung jenes Tatbestandes auf Grund von neuen Tatsachen, deren Behauptung und und Beweis ihm obliegt. Die Ansicht der Gegner, die sich gründet auf die Einheitlichkeit und Unteilbarkeit des Vertrags und auf das Anderssein des vom Beklagten behaupteten Vertrags und die daher den vom Kläger angeführten Vertrag als geleugnet ansieht (43 ff.), begeht den Fehler, daß sie nicht von den Rechtssätzen, die zur Anwendung stehen, ausgeht und nach deren Voraussetzungen

die Beweislast verteilt, sondern daß sie die Behauptung des Klägers, er habe den und den Vertrag mit dem Beklagten geschlossen, zur selbstherrlichen Klagegrundlage macht und den so begrifflich aufgefaßten Vertrag durch die abweichenden Angaben des Beklagten als geleugnet ansieht. So stellt R. (76) den Grundsatz auf: Der Kläger hat nur diejenigen Vertragsbestimmungen zu beweisen, die ihm seinen Anspruch gegen den Beklagten geben. Dieser muß dann diejenigen Abreden dartun, auf deren Grunde er den Anspruch des Klägers negieren zu können glaubt oder selbständige Ansprüche erhebt. Sache des Klägers ist es dann wiederum, weitere Vereinbarungen zu beweisen, die jene Einrede des Beklagten beseitigen. Die Durchführung dieses Grundsatzes wird im einzelnen gezeigt, wenn die Parteien streiten: über die objektiv wesentlichen Bestandteile eines Vertrags (78—93), über die naturalia (Dispositivsätze und Auslegungsregeln) accidentialia negotii (94—106) und insbesondere dann, wenn die Parteien einig sind, daß das naturale ausgeschaltet ist und Streit darüber herrscht, wie die abändernde Vereinbarung gelautet habe (106—115), ferner bei Streit über sonstige Nebenabreden (Bedingung, Rücktritt, Auflage, Zweckbestimmung, Vertragsstrafe, Handeln im fremden Namen) (115—124) und endlich bei Streit über Art und Umfang von Leistung und Gegenleistung (124—138).

3. *Litten, Beweislast, führt aus: Das Beweislastproblem ist im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gelöst, nachdem die §§ 193/196 des ersten Entwurfes gestrichen und lediglich eine kasuistische Regelung meist durch entsprechende Fassung der einzelnen Normen im Gesetze selbst getroffen ist. Demzufolge dauert der wissenschaftliche Streit insbesondere zwischen den Anhängern der sog. Leugnungs- und denen der sog. Einrede-Theorie hier fort. Keine Entscheidung kann auch den Wert absoluter Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen; denn es handelt sich um eine Grenzziehung aus Praktibalitätsgründen. Das rein logisch Richtige nämlich, daß der Kläger als Angreifer dartue, sein gegen den Beklagten erhobener Anspruch sei entstanden, noch nicht erloschen, auch nicht in seiner Wirksamkeit gehemmt, bedeutet eine probatio diabolica, die einleuchtenderweise kein geordnetes Zivilverfahren dem Kläger zumuten darf. Wieviel nun hiervon nachgelassen, d. h. wie die Beweislast verteilt werden soll, ist der Streitpunkt. L. entscheidet sich für die gemäßigte Leugnungstheorie, ohne zu verkennen, daß die Prozeßpraxis auch mit der Einredetheorie arbeiten könne, wenn diese nicht auf die Unterscheidung von Regel und Ausnahme nach den Verkehrsanschauungen, sondern nach dem Gesetz im Wege einer Analyse der Normvoraussetzungen abstelle. Vor allem aber wird betont, daß gerade an diesem Punkte das Recht Unsicherheit nicht vertragen könne, und daß daher ein Reichsgesetz über die Beweislast geeignet sei, unseres einheitlichen bürgerlichen Rechtes einheitliche Durchführung im Rechtsstreite zu gewährleisten.

4. a) *Franz Leonhard: Fordert der Kläger den üblichen Preis, so muß er beweisen, daß kein besonderer Preis vereinbart ist (367 ff.).

Es gibt keine Einrede des nicht richtig erfüllten Vertrags (372 ff.). Der Beklagte muß beweisen, ein wie großer Teil seiner Leistung unmöglich geworden ist (377 ff.).

b) *Betzinger, Beweislast (2) 164 ff. und Betzinger, Entscheidungen zur Beweislast (2) Nr. 314. ⇛ Unter Modifikation der 1. Aufl. 352 Ziff. 13. ⇚ Wenn der Kläger (Verkäufer, Geschäftsherr) sich darauf beschränkt, zu behaupten, es sei nichts über den Preis vereinbart worden, so trifft ihn die Beweislast für diese Negative und erst dann, wenn diese festgestellt ist, greift BGB. §§ 316, 637^{2}, 653^{2} ein; denn es gibt keinen allg. Rechtssatz (Dispositivnorm), wonach mangels besonderer Vereinbarung der angemessene Kaufpreis,

Lohn 2c. geschuldet wird. Anders, wenn eine stillschweigende Vereinbarung über den angemessenen Kaufpreis (Lohn 2c.) geltend gemacht wird, für welche häufig die Vermutung spricht.

5. *Hedemann: Der § 292 ZPO. ist als die entscheidende Grundlage des Vermutungsrechts anzusehen, so sehr von anderer Seite (Beckh) das Gegenteil behauptet worden ist. Aus seiner Entstehungsgeschichte und anderen Argumenten ergibt sich, daß die Vermutung als ein Institut der Beweislast zu gelten hat; soweit sie das Gebiet der Beweiswürdigung beeinflußt, ist dies nur eine indirekte Wirkung, eine Folgeerscheinung, die nicht gewollt, aber mit der Beeinflussung der Beweislast mittelbar gegeben ist. Dies muß im Interesse der Klarstellung der Vermutung festgehalten werden.

Die Eingliederung in das allgemeine Beweislastsystem gibt dem Verfasser Gelegenheit, eine Überschau über die verschiedenen, zur Zeit vertretenen Beweislasttheorien zu geben. Dabei werden Gruppen gebildet, die sich in vielem mit Leonhards gleichzeitig erschienenem Werke über die Beweislast berühren (132—134, 145—181). Des Verfassers eigene Ansicht geht dahin, daß die Vermutung als eine selbständige Regel neben, oder gleichsam über dem allgemeinen Beweislastsystem steht: sie ist von dessen etwaigen Schwankungen unabhängig (vgl. insbes. 257).

Diese begrifflichen Erörterungen bilden den Hauptbestand des mittleren der drei Teile. Außerdem ist in diesem die Abscheidung der geschilderten „technischen" Vermutung von der Vermutung im Strafrecht oder sonstigen Offizialverfahren, von der Vermutung beim Indizienbeweis und von der sogenannten praesumtio iuris et de iure vollzogen. Im Verfahren ohne Verhandlungsmaxime gibt es zwar auch vereinzelt „Präsumtionen", sie sind aber Mißbildungen und hier allerdings Institute der Beweiswürdigung, nicht der Beweislast (182 ff.). Beim Indizienbeweis darf man wohl vom „Vermuten" sprechen, aber diese Art der Vermutung unterscheidet sich grundlegend von der technischen Gesetzesvermutung dadurch, daß sie keinen allgemeinen, keinen bindenden Charakter hat; ihre Festlegung im Wege einer allmählich erstarrenden Judikatur ist eine erhebliche Gefahr (202 ff.). Die praesumtio iuris et de iure endlich sollte als überlebtes Gebilde gänzlich beseitigt werden; im BGB. ist kein Anwendungsfall zu finden (210 ff.).

Der vorangehende erste Teil bringt die geschichtliche Entwickelung. Der nachfolgende dritte ist der wichtigste, weil er den im mittelsten Teile gewonnenen Begriff der „Vermutung im technischen Sinne" näher dogmatisiert. Zunächst durch Herausarbeitung seiner Voraussetzungen (219 ff.). Dies geschieht mittels des Versuchs, eine scharfe Grenze zwischen dem Typus Vermutung und verwandten Typen (Auslegungsregel, Dispositivvorschrift, Fiktion, Beweisregel, Beweislastregel) zu ziehen. Dabei wird stets erst die theoretische Abscheidung vorgenommen und dann geprüft, wie sich die Zugehörigkeit des einzelnen Rechtssatzes zu dem einen oder dem anderen Typus praktisch erkennen lasse. In letzterer Richtung wichtiges Resultat: Im BGB. ist nur das Vermutung, was im Gesetze selbst mit dem Worte „vermuten" charakterisiert wird (220 ff. und 123).

Daher finden auch nur auf diese Fälle die Wirkungen Anwendung. Im Gebiete der Behauptungslast gar keine Wirkung; die Behauptungslast wäre ganz die gleiche, auch wenn die Vermutung im Gesetze fehlte (293). Im Gebiete der Beweislast: Einfluß auf die Stellung der Parteien; die begünstigte braucht den vermuteten Umstand, sei er eine Tatsache oder ein Recht, nicht zu beweisen. Im Gebiete der Beweiswürdigung und der Rechtsanwendung: Indirekter Einfluß auf die Stellung des Richters; Tatsachenvermutungen ersparen ihm die Würdigung, Rechtsvermutungen die Rechtsanwendung (300).

Außer alldem mittelbarer Einfluß auf das materielle Ergebnis des einzelnen Prozesses: Vermutungen können den Sieg einer Partei herbeiführen usw. (307 ff.).

Die Wirksamkeit der Vermutung hat Grenzen. Einmal kann sie „widerlegt" werden. Das ist etwas anderes als die „Beseitigung" durch die Darlegung, daß die Voraussetzungen der betreffenden Vermutung im vorliegenden Falle fehlen; etwas anderes ist auch die „Anfechtung" einer Todeserklärung und der durch sie begründeten Vermutung. Die Widerlegung ihrerseits geschieht durch den „Beweis des Gegenteils"; er kann mit allen Mitteln geführt werden, auch durch Eid, darum ist er kein „Gegenbeweis". — Weitere Grenze: Kollision zweier Vermutungen. Hier sind die wichtigsten möglichen Fälle im einzelnen besprochen. — Weitere Grenze: Grundsätzlich ist analoge Ausdehnung der Vermutungsfälle unzulässig, Ausnahmen möglich; das richtet sich nach der Stellungnahme zur allgemeinen Analogielehre. — Letzte Grenze: Zeitliche und räumliche Beschränkung; die Vermutung folgt hier den Schicksalen des ganzen, sie umschließenden materiellen Rechtsgebiets, wo z. B. deutsches Besitz-Eigentumsrecht und zwar bereits das des BGB. zur Anwendung kommt, ist auch die Vermutung aus § 1006 heranzuziehen; Prüfung der einzelnen Fälle auch hier (344 ff.).

6. Aus der Praxis.

a) **RG.** SächsA. **14** 90 ff. vertritt die Stölzelsche Theorie beim Streite, ob ein bestimmter Preis bedungen worden sei oder nicht.

b) **RG. 57** 48, DJZ. **04** 405 hält den ständig von ihm vertretenen Grundsatz, daß die Beweislast bezüglich der accidentalia eines Rechtsgeschäfts den trifft, der von den naturalia, den gesetzlichen Rechtsfolgen abweichende Vereinbarungen, behauptet, aufrecht.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Vorbemerkung: Wie im vorigen Berichtsjahr, so mußte auch diesmal an die Spitze des Rechts der Schuldverhältnisse eine umfang- und inhaltreiche „Vorgruppe" gestellt werden, in der eine Reihe das ganze Gebiet berührender Erörterungen Platz finden konnte. Die von Stammler (s. JDR. 2 zu §§ 241 ff. Ziff. 4) neu entdeckte Einrede aus dem Rechte Dritter ist diesmal monographisch von Rauchenberger und — eindringlicher — von Rappaport erörtert worden (Ziff. 5). Der Vortrag von Endemann (Ziff. 7) behandelt von einem allgemeineren Gesichtspunkt, als es bisher zu geschehen pflegte, eine praktisch ungemein bedeutsame Frage, Regelsbergers Arbeit (Ziff. 4 f.) das praktisch ebenso wichtige wie theoretisch nicht genügend durchfurchte Gebiet der zusammengesetzten Verträge, wenn auch mehr — mit voller Absicht — aus der Vogelperspektive. Auch auf Isays anregende, aber höchst bedenkliche Ausführungen über den Unterschied von Schuld- und Haftungsverhältnis (Ziff. 4 b) sei die besondere Aufmerksamkeit gelenkt. — Im weiteren Verlaufe fällt dann die gewaltige Ausdehnung ins Auge, die die Rechtsprechung der exceptio und replicatio doli generalis geben zu müssen glaubte. Die zu § 242 zusammengestellte Übersicht gewährt davon ein anschauliches Bild. Dagegen treten die theoretischen Erörterungen über „Treu und Glauben" diesmal zurück. — Der § 249 beansprucht noch immer einen breiten Raum. Wenn auch grundlegende Arbeiten über Schadensersatzrecht mit Ausnahme des tiefgreifenden Werkes von Traeger über den Kausalbegriff, das für das folgende Berichtsjahr zurückgestellt werden mußte, diesmal fehlen, so ermangelt es doch keineswegs an theoretischen Erörterungen. Insbesondere der Begriff des Kausalzusammenhanges und die adäquate Verursachung (§ 249 Ziff. 4) erweisen sich immer noch als ergiebiges Gelände. Sehr wichtig sind die Entscheidungen

(Ziff. 3d) über Schadensersatz bei anfechtbaren Verträgen; viel zu eng dagegen ist das Urteil des KG. (Ziff. 7b) über den Begriff des Schadens, den Arbeiter im Falle von Aussperrungen erleiden; es ist auch vom RG. längst überholt. — Interessant ist des weiteren die zu § 252 Ziff. 2b mitgeteilte Entscheidung des RG. über entgangenen Gewinn bei Spekulationspapieren. — Das allerreichhaltigste Material aber ist natürlich auch diesmal wieder auf dem Boden des § 254 erwachsen, die Rechtsprechung überwiegt hier durchaus (Ziff. 7—10). Bezüglich ihrer prinzipiellen Stellungnahme zum § 1 RHG. ist sie natürlich bei der Bejahung der Anwendbarkeit des § 254 auf § 1 geblieben; auch im übrigen hat sie in der großen Zahl der in JDR. mitgeteilten Anwendungsfälle ihre prinzipiellen Anschauungen von dem § 254 nur weiter ausgebaut. Besonders bemerkenswert, weil neuartig, sind die Urteile über Raufhandel (10 f) und Telegraphieren in Ziffern (10 g). Bestritten dagegen ist die Frage des Verhältnisses des § 254 zu dem eigenen Verschulden der Deliktsunfähigen (Ziff. 3); Pfizers Ausführungen werden viele überzeugen. Näher erörtert ist diesmal auch die intrikate Frage der Verweisung des § 254 Abs. 2 Satz 2 auf § 278 (Ziff. 6). — Die Vorteilsausgleichung hat reichliche Erörterung durch Rümelin und Stintzing (§ 255 Ziff. 2), der Begriff der Aufwendungen solche durch Baring (§ 256) erfahren. Zu §§ 259, 260 und zu §§ 269, 270 waren nur einige praktische Einzelfälle zu verzeichnen. Auf dem Gebiete der Wahlschuldverhältnisse sind nur Spezialfragen erörtert worden (insbes. § 264). — Gründlich monographisch behandelt worden ist dann erst wieder das Zurückbehaltungsrecht von Schlegelberger, auch von Rech; hier war auch die Rechtsprechung wieder in hervorragendem Maße tätig. Besonders bedeutungsvoll erscheint das von ihr zugelassene vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Ziff. 4), bezüglich dessen aber wohl das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Bezüglich des Verhältnisses des § 273 zu den unpfändbaren Lohnforderungen ist eine Judikatur kaum zu verzeichnen; die Literatur neigt immer mehr zu einer Verneinung des Zurückbehaltungsrechts (Ziff. 6 a); die einzelnen Anwendungsfälle (Ziff. 4) bieten keine wesentlich neuen und neuen wesentlichen Gesichtspunkte. — Auf dem Gebiete der Unmöglichkeitslehre hat sich wieder einer der Spezialisten — Titze — mit einem anderen — Kisch — auseinandergesetzt (§ 275). — Erheblichen Raum beansprucht ferner der § 276. Sein ganzer begrifflicher und praktischer Inhalt ist von Rechtsprechung und Rechtslehre eindringlich erörtert worden. Der Begriff der „Fahrlässigkeit" ist eingehend von Eßlinger und v. Blume beleuchtet, der Umfang und Inhalt der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" reichlich, insbesondere von der Judikatur des RG. befruchtet worden; vorsichtig wird zwischen abstrakten Grundsätzen und Berücksichtigung subjektiver Einzelheiten die Mitte gehalten. Daß § 276 einen allgemeinen Grundsatz für Haftung auf Erfüllung ausspricht, wird jetzt überwiegend angenommen. Daneben bleibt Staubs Anschauungen über die positiven Vertragsverletzungen, der ja dem allgemeinen Satz nicht zustimmt, doch ein für allemal ihre große anregende Bedeutung gewahrt; die beträchtliche Arbeit Lehmanns über dasselbe Thema (4 b β) nimmt größtenteils einen von der herrschenden Ansicht abweichenden Standpunkt ein. Eine reichhaltige Menge von Einzelfällen aus der Praxis ist zum Schlusse mitgeteilt. — Diese beansprucht auch in den Fragen des § 278 die größte Beachtung. Sehr bedeutsam ist der von Werner (Ziff. 3) bemerkte Widerspruch in den RG.Entscheidungen bezüglich des Vertragsgesichtspunkts als Ausgangspunkts für die Frage der Haftung. Eine Reihe von älteren Streitfragen, (Haftung der Ärzte, Notare für Gehilfen und Haftung für Gerichtsvollzieher [Ziff. 4—6]), hat weitere Erörterung gefunden. Eine große Anzahl wichtiger Einzelfälle und Unfälle macht auch hier wieder den Beschluß. — Bemerkenswert ist die eine Überspannung des „Unmöglichkeits"begriffs verhindernde Entscheidung des **RG.** 57 116 ff. (§ 279 Ziff. 2). — In der Lehre des Schuldnerverzugs fehlt es diesmal an größeren Arbeiten. Die Arbeit von Schneider (§ 284 Ziff. 3) berührt ihn nur mehr nebenher; die tiefgründige Abhandlung Ungers (zu § 288 angeführt) ist mehr ihres klassischen Aufbaus und meisterhaften Systems als gerade ihrer unmittelbaren praktischen Bedeutung wegen zu beachten; die Praxis hatte es lediglich mit Sonderfällen zu tun.

Literatur (zur Vorgruppe): Berolzheimer, Das Vermögen, Juristische Festlegung einiger Wirtschaftsgrundbegriffe. Hirths Ann. **04** 437 ff., 516 ff., 592 ff. — von Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung (1904). — Endemann, Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung für Schadensersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten, Jahresbericht der Berl. Jur. Ges. 03/04 46—81. — Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Rechte, Iherings J. **48** 187 ff. — Klein, Aus der Lehre von den Endigungsgründen der Schuldverhältnisse, ÖstRichterZ. **1** 158 ff. — Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse (1904). — Rauchenberger, Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte (1904). — Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen? Iherings J. **48** 453 ff. — Seligsohn, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden im BGB. und in den übrigen Reichsgesetzen (Rostocker Diss. 1904). — Unger, Über die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen, Grünhuts Z. **31** 107 ff.

Zu **§§ 241 ff.** 1. Auslegung.

a) Unger, Über die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen, Grünhuts Z. **31** 107—114, über das Recht und die Pflicht des modernen Richters zu rechtsschöpferischer, das Gesetz ergänzender Tätigkeit (s. auch u. zu § 288). S. hierzu Geller, GellersZ. **04** 1 ff.

b) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 129 Nr. 76: Bei der Darlegung des Inhalts, der Bedeutung eines Gesetzes ist der Richter nicht auf die Interpretation des Wortes beschränkt, sondern vielmehr berufen, trotz der Unzweideutigkeit des Textes die betr. Vorschrift ausdehnend oder einschränkend zu interpretieren, wenn er nachweisen kann, daß sie zu eng oder zu weit gefaßt ist im Verhältnis zu dem, was der Gesetzgeber hat sagen wollen. Man darf aber auch darüber hinaus das Gesetz dann einschränkend oder ausdehnend interpretieren oder berichtigen, wenn (Windscheid-Kipp I, § 22) der Gesetzgeber bei einer Erscheinungsform des Gedankens mit dem Gesetze stehen geblieben ist, welche dem wahren Gehalte des Gedankens nicht entspricht (vgl. **RG. 24** 50).

2. Schneider, Die angebliche Rückständigkeit des deutschen bürgerlichen Rechtes, R. **04** 297 ff., nimmt das BGB. gegen den Vorwurf der Rückständigkeit unter Hinweis auf ähnliche — Berücksichtigung der „Billigkeit", „verständigen Würdigung", des „Gewöhnlichen", der „Umstände", „Ordnungsmäßigkeit", des „richterlichen Ermessens" — fordernde Vorschriften und besonders die §§ 157, 242 bis 826, 138 Abs. 1 in Schutz.

3. Vermögen und Vermögensrechte.

a) *Berolzheimer, Das Vermögen. Juristische Festlegung einiger Wirtschaftsgrundbegriffe. Hirths Ann. **04** 437 ff., 516 ff., 592 ff.

I. Kapitel. Vermögen und Rechtswirtschaft. Der Ausgangspunkt der herrschenden Nationalökonomie vom „Menschen" und seinem „Bedarf" ist als naturrechtliche Erbschaft abzulehnen. Vielmehr deckt sich „die Volkswirtschaft als geschlossene, selbständige Einheit mit dem Staate als der Rechtseinheit; die Wirtschaftsglieder fallen zusammen mit den Staatseinwohnern; die Wirtschaftssubjekte sind identisch mit den Rechtssubjekten; die Wirtschaftsobjekte sind zugleich (aktuell oder potentiell) Rechtsobjekte. Wirtschaft und Recht verhalten sich, wie Inhalt und Form, wie Kern und Schale" (439). Was sich formaljuristisch als der Komplex von subjektiven Rechten des einzelnen darstellt, bildet materiell oder juristisch-ökonomisch sein Vermögen. Das Vermögen ist somit der juristisch-ökonomische Grund- und Hauptbegriff (441). Was Bestandteil des Vermögens im rechtswirtschaftlichen Sinne sein kann, erscheint objektiviert als Gut (drei Arten: Sach-, Gebrauchs-, Leistungsgüter). Die „freien" Güter können nur, gebunden an einen juristisch-ökonomischen Vorgang, Bestandteile des Vermögens sein oder werden (444—448). Das Recht ist Rechtsmacht, die Ethik Machtentäußerung. Die heutige Rechtsanschauung ist die

sittlich-rechtliche. Der Egoismus ist der psychologische Grundfaktor des Rechtswirtschaftslebens, der nur an der Integrität fremder Persönlichkeit seine Begrenzung findet (448—453). Die sittlich-rechtliche Ausgestaltung der Rechtsordnung heischt die Respektierung des Menschen als Menschen, als eines Freien, nicht (wirtschaftlich) Versklavten (516—522).

II. Kapitel. Zur Theorie der Wert- und Preislehre. Würdigung fremder Theorien (523—531). Juristisch-ökonomische Theorie des Tausch- und Gebrauchswerts: Erst auf juristisch-ökonomischem Boden konnten Werturteile erwachsen, nur im juristisch-ökonomischen Verkehre sind Werturteile zur Entstehung und Ausbildung gelangt. Tauschwerte sind objektivierte, stabilisierte Preisbewilligungen. Der Tauschwert ist die Gebrauchsfähigkeit eines Gutes im juristisch-ökonomischen Verkehr oder die Kaufkraft eines Gutes. Gebrauchswert ist die auf Tauschwert reduzierte Brauchbarkeit (531—540). Gegen die Preisbildung nach Angebot und Nachfrage bestehen gewisse Reibungswiderstände. „Gerecht" nennen wir den angemessenen Preis (Gegensatz: Ausbeutung) (540—546).

III. Kapitel. Divergenz von Eigentum und Vermögen. — Das Zinsproblem. — Juristische Eigentumsdefinition: „Eigentum ist das Recht an einer Sache, welches sämtliche an der Sache möglichen Rechte in sich aufzunehmen vermag, ohne seinem Begriff und Wesen nach eine Änderung zu erfahren" (546—548). Formaljuristisch kann das Eigentum von der plena bis zur nuda proprietas zusammenschrumpfen. Die materiell-wirtschaftliche Spiegelung offenbart sich im Vermögen. Eklatante Fälle der Divergenz von Eigentum und Vermögen: Übermäßige Verschuldung durch Realkredit; Erwerbsgesellschaften mit Rechtspersönlichkeit; Stiftungen und Vermögensbesitz der toten Hand (548—552; 592—594). — Der Zins bedeutet das Äquivalent des dem Schuldner durch die Darlehnsgewährung erwiesenen Dienstes; der Zins ist der rechtswirtschaftliche Hebel, der den interesselosen Dritten zum interessierten Gläubiger macht und hierdurch die Realisierung des Interesses des Darlehnssuchers ermöglicht. Wird historisch entwickelt und begründet (595—602). „Kapital im Sinne der neueren Nationalökonomie ist das (aktuell oder virtuell) werbende Vermögen, das Produktivvermögen, ist mithin eine juristisch-ökonomische Kategorie, eine species des genus Vermögens (602—606).

b) Hölder, KrVSchr. **45** 228/9 bemerkt gegen Kipp, der (Windscheid-Kipp 151) die Vermögensrechte als Rechte von wirtschaftlichem Werte bezeichnet, also Forderungsrechte, soweit sie solchen nicht haben, nicht für Vermögensrechte hält: Wirtschaftlichen Wert hat, was die Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse fördert; diese Bedeutung ist dem Eigentum ebensowenig wesentlich wie einem Forderungsrecht oder dem Urheberrecht. Im Gegensatze zu den Familienrechten bestehen die Vermögensrechte überhaupt nicht um inhaltlich bestimmter, sondern um beliebiger Bedürfnisse ihrer Subjekte willen. Wie, wenn eine Sache, anstatt wirtschaftlichen Wert zu haben, nur Kosten macht? Wird der Nutzen ihrer möglichen Verwendung überwogen durch die Kosten ihrer Wegschaffung, so ist sie wirtschaftlich nicht wertvoll, sondern lästig.

4. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand.

a) Schuldverhältnis und Forderung. *Klein, Aus der Lehre von den Endigungsgründen der Schuldverhältnisse, ÖstRichterZ. **1** 158 ff.: Der Kunstausdruck „Schuldverhältnis" bedeutet sowohl die einzelne Forderung als auch eine „Mehrheit von Forderungen unter einem verbindenden Gesichtspunkt als Einheit gedacht". Beispiele für Schuldverhältnisse, die nur in einer einzelnen Forderung bestehen, sind, die zu einem einfachen Geben oder einem Unterlassen verpflichten. Übereinstimmend Windscheid, Pand. § 252. — A. A. Stammler,

Recht der Schuldverhältnisse 214 ff. — Daß nach Erfüllung dieser Einzelforderungen stets noch ein Zurückgreifen auf das Schuldverhältnis als solches möglich ist, auch wenn der Schuldner den Gläubiger in einem Prozesse siegreich zurückgeschlagen, beweist nicht, daß bei diesen „Einzelforderungen" in der Tat auch mehrere Forderungen vorliegen, läßt sich vielmehr auf die prozessuale Einlassungspflicht, der gemäß der Schuldner auf Provokation des Gläubigers hin die gewonnene Rechtsposition als Beweispflichtiger verteidigen muß, zurückführen.

Für die Zusammenziehung der Einzelforderungen zum Schuldverhältnisse maßgebende Gesichtspunkte:

α) Ist der anzustrebende wirtschaftliche Erfolg kompliziert, d. h. setzt er eine Reihe von Handlungen des Schuldners voraus, so werden entsprechende Einzelforderungen zugelassen und dem Bedürfnisse der Wirtschaft entsprechend zur Einheit des Schuldverhältnisses zusammengezogen. (Reflexwirkung: Leichtigkeit und Verwertbarkeit des Schuldverhältnisses durch Geltendmachung der Einzelforderungen.)

β) Das Prinzip der Werterhaltung.

b) Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis. Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Rechte, Jherings J. 48 187 ff., behandelt die Frage: Bedeutet der Umstand, daß das BGB. im § 241 und seinen sonstigen Sätzen nur mehr von Schuldverhältnissen und niemals von einem Haftungsverhältnis redet, daß dem modernen deutschen Rechte der Begriff des Haftungsverhältnisses als selbständiger Rechtsbegriff verloren gegangen ist? Es gibt Fälle, wo ein Schuldverhältnis ohne Haftungsverhältnis (§§ 762, 656 BGB., 66 Börsenges., 222 BGB.) und umgekehrt, wo ein Haftungsverhältnis ohne Schuldverhältnis besteht: BGB. §§ 765 Abs. 2, 1204 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1190. — Es gibt weiter auch da, wo beide Verhältnisse gleichzeitig bestehen, Fälle, in denen sie auseinanderfallen: entweder bezüglich ihres Rechtssubjekts — bei persönlicher Haftung (Bürgschaft! — s. auch unten zu § 765 —, ferner § 571 Abs. 2 — § 778 BGB., § 394 HGB. usw.) oder bei Sachhaftung: hier ist das Auseinanderfallen ausnahmsweise Regel; denn eine Sache kann nicht schulden, sondern nur haften (Pfandrechte, Reallasten, Zurückbehaltungsrecht, Bodmerei, §§ 486, 533, 662, 731, 752 HGB.). — Ferner kann (197) der Umfang des einen Verhältnisses von dem des anderen völlig unabhängig sein (die Fälle „beschränkter Haftung", auch in zeitlicher Beziehung: § 777 BGB.), und ebenso der Inhalt (198). Dies trifft für die Fälle der Sachhaftung und der persönlichen Haftung bei Verschiedenheit des Subjekts analog zu: Hauptfall ist § 765; der Bürge „steht" lediglich „ein" für die Erfüllung der Verbindlichkeit, und zwar mit seinem Vermögen, im Sinne einer Schadloshaltung (vgl. § 571). Der Haftende ist nach § 249 nur zum Ersatze aus seinem Vermögen verpflichtet. Daneben gibt es heute Fälle, in denen Schuld- und Haftungsverhältnis dasselbe Subjekt haben, und in denen der Inhalt des Schuldverhältnisses eine Individualleistung oder ein Dulden oder Unterlassen bildet. Hier findet sich neben dem alten und regelmäßigen Haftungsinhalt, dem Einstehen mit dem Vermögen heute noch ein anderer Haftungsinhalt vor: der Zwang gegen die Person, und zwar an erster Stelle (ZPO. §§ 888 ff.). — Es ergibt sich die Frage, ob die Anwendung des allgemeinen Teiles des Obligationenrechts wirklich für die Haftungsverhältnisse möglich und ausreichend ist? (202 ff.). Für die Fälle der äußerlichen Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses, in denen seinen Inhalt lediglich eine Ersatzleistung bildet, sind die Bestimmungen des ersten Abschnitts, welche eine Individualleistung im Auge haben, über Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung usw. ohne unmittelbare Bedeutung. Auch der zweite ist fast ohne Erheblichkeit. Dagegen finden aus dem dritten die Vor-

schriften über Erfüllung, Hinterlegung, Erlaß, Aufrechnung auch auf die Haftungsverhältnisse entsprechende Anwendung. Hinzu kommen noch drei Erlöschungsgründe: Verjährung (§ 222), Erlöschen des Schuldverhältnisses (§§ 765, 1252, 1163 Abs. 1 Satz 2, — ferner, falls die Subjekte nicht identisch sind: §§ 774, 1225, 1256, 1143, 1177) und: Übertragung des Schuldverhältnisses ohne das Haftungsverhältnis auf einen anderen. (S. auch unten zu § 401). Der fünfte Abschnitt (Schuldübernahme) trifft auch das Haftungsverhältnis mit. (S. auch unten zu §§ 414 ff.). Der sechste Abschnitt (Mehrheit von Gläubigern) findet regelmäßig Anwendung, nicht aber auf die Fälle, in denen bei Einheit des Schuldverhältnisses eine Mehrheit von Haftungsverhältnissen besteht. — Die zukünftige Gesetzgebung muß der begrifflichen Selbständigkeit des Haftungsverhältnisses Rechnung tragen und ihm ein besonderes Buch widmen. Der Mangel allgemeiner Sätze für das Haftungsrecht macht sich heute in der Unsicherheit der Beurteilung gewisser Fälle bemerkbar (a. a. O. 207/8 näheres darüber).

c) Allgemeines von der Begründung. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 338: Zulässig ist es, Schuldverhältnisse durch Vertrag in der Weise zu begründen, daß die Bestimmung der Person des anderen Vertragsteils der Erklärung desjenigen überlassen wird, welcher als Vertreter dieses vorläufig unbestimmten oder unbekannt gebliebenen Vertreters auftritt. (S. auch **RG. 20** 37, **24** 66, **38** 186.) Die volle Wirksamkeit des Geschäfts hängt nur noch von dem Eintritte der Bedingung — der vorbehaltenen Benennung des Gläubigers — ab.

d) Direkte und indirekte Verpflichtungen. von Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung (1904): Neben die direkte Obligation tritt die indirekte. Sie ist für das gesamte Privatrecht, nicht nur für einzelne Teile von Bedeutung. Es besteht bei ihr weder ein Leistensollen, noch eine Forderung auf Leistung, daher fällt auch der Apparat zur Durchführung der Leistungspflicht, bzw. des Forderungsrechts, hinweg. Das Interesse an der Leistung wird vielmehr dadurch gesichert, daß entweder für das freiwillige Leisten Vorteile in Aussicht gestellt oder für die Unterlassung der Leistung Nachteile angedroht werden. — Bisweilen spricht das Gesetz die Leistungspflicht ausdrücklich aus, beschränkt sie dann aber in ihrer Wirksamkeit, bisweilen ergibt sich ihre Existenz überhaupt erst aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Normen. Dem Verpflichteten steht es an sich frei, die Erfüllung zu verweigern; die Folge ist jedoch die Entstehung einer neuen Verpflichtung oder der Verlust eines Rechtes oder eines ihm in Aussicht gestellten Vorteils. Regelmäßig besteht dann ein Interesse des Berechtigten an der Erfüllung der ursprünglichen Leistung nicht mehr fort.

Zu unterscheiden ist zwischen den auf Gesetz und auf Rechtsgeschäft beruhenden Fällen und Verpflichtungen außerhalb und innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses. Die meisten gesetzlichen Fälle sind Anzeigepflichten; daneben sind von besonderer Bedeutung: die Abnahmepflicht des Gläubigers und die Pflichten des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern. — Die wichtigste Unterscheidung ist aber die in solche Verpflichtungen, die nach den Vorschriften der Bedingungen behandelt werden, und solche, bei denen eine selbständige Behandlung eintritt (besondere Rechtsform). — Auf die Rechtsform der indirekten Verpflichtung sind lediglich die Vorschriften über die Rechtsfolgen der Bedingungen anzuwenden: soweit das Verhalten des indirekt Verpflichteten Rechtsbedingung der subsidiären Rechtsfolge ist, — anders, wo sie als positive Rechtsform erscheint. — Mit der Naturalobligation besteht nur eine äußere Ähnlichkeit. Bei dieser ist der Schuldner direkt zur Leistung verpflichtet. — Auch vom Wahlschuldverhältnis ist sie dem Charakter nach unterschieden. Bei der indirekten Ver-

pflichtung besteht nicht notwendig eine Alternative zwischen zwei Leistungen. Auch eine facultas alternativa liegt nicht vor.

e) Naturalobligationen. LG. Hamburg, HansGerZ. **04** 100: Das BGB. kennt den Begriff der Naturalobligationen im allgemeinen nicht. Wohl aber in den besonders anerkannten Einzelfällen. Hierzu gehören auch die durch den Zwangsvergleich betroffenen Forderungen (s. im übrigen zu § 222 BGB. u. § 193 KO.).

f) Zusammengesetzte Verträge. Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen? JheringsJ. **48** 453 ff., erörtert rechtliche Gesichtspunkte, die in Betracht kommen, wenn in derselben Verabredung von einer Partei mehrere Leistungen übernommen werden, die so verschiedener Natur sind, daß sie als Gegenstände selbständiger Vereinbarungen den Inhalt verschiedener Vertragsarten bilden würden. Muß man um der Verbindung verschiedenartiger Leistnngen willen ein eigenartiges Vertragsgebilde annehmen, oder ist für die Vertragsnatur eine der Leistungen ausschlaggebend, der die übrigen untergeordnet sind? Regelsberger untersucht nur die erste Frage genauer. Ihre Erheblichkeit legt er an einer Reihe praktischer Fälle aus der Rechtsprechung dar (**ROHG. 8** 13, **RG. 33** 47 — erweiterter Kaufvertrag oder Speditionsvertrag, Mietvertrag oder Verbindung von zwei selbständigen Verträgen; — ferner **RG.** SeuffA. **44** Nr. 239, **RG. 37** 88 ff., **38** 67 ff., OLG. Hamburg, SeuffA. **42** Nr. 180: überall erheblich unter dem Gesichtspunkte des Absonderungsrechts gemäß KO. § 49 Ziff. 2; — schließlich ein strafrechtlich bedeutsamer Fall aus StGB. § 289: **RG.** (Straff.) **20** 417 und ein steuerrechtlicher: **RG. 48** 376 ff., **57** 264). — Im römischen Rechte besteht ein Gegensatz zwischen der Anwendung auf Stipulationen und formfreie Schuldverträge; waren in einer Stipulation mehrere Leistungen, wenn auch gleicher Art zusammengefaßt, so fand man hierin die Begründung von so vielen Obligationen, als Leistungen versprochen waren (459—463). Heute sind bei der Vertragsfreiheit nur materielle Gesichtspunkte maßgebend (463—466). Die tatsächliche Zusammenfassung von Verpflichtungen in demselben Abkommen ist für sich nicht ausschlaggebend; umgekehrt kann auch die Wirkung einer zeitlich nachfolgenden Verabredung darauf beschränkt sein, in eine bestehende Obligation näher bestimmend einzugreifen. Für die Einheit spricht der Umstand, daß die eine Verpflichtung im Dienste der anderen stehen soll, mag sie die Erfüllung der Hauptpflicht in besonderer Weise regeln, oder den Vorteil aus der Hauptverpflichtung durch eine Zutat steigern. Zu beachten ist aber: wo ein derartiges Verhältnis vorliegt, wird die erhoffte Entstehung der einen Verpflichtung der Beweggrund für die Eingehung der zweiten sein. Aber für sich reicht diese Verknüpfung zur Herstellung der rechtlichen Vertragseinheit nicht aus. Man darf die Frage nicht zu einseitig auf den Parteiwillen stellen: nur auf einer bestimmten unabhängigen wirtschaftlichen Grundlage darf er sich entfalten. — Die Feststellung eines einheitlichen Entgelts schließt nicht das Dasein einer Vertragsmehrheit aus, die eines besonderen für jede Verpflichtung, nicht die Vertragseinheit. — (Über einige Einzelheiten und Kritik der besonderen Fälle a. a. O. Genaueres.)

5. Einrede aus fremdem Rechtsverhältnisse. — Vgl. JDR. **2** zu §§ 241 ff. Ziff. 4.

a) Rauchenberger, Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte nimmt gegen Stammler auch in den Fällen der sog. exceptio contra tertium eine Mehrheit von Ansprüchen an, die auf einen einheitlichen Zweck gerichtet sind, und faßt nach einer Übersicht das Problem folgendermaßen: Der Beklagte bedient sich einer Einwendung aus dem Rechte eines Dritten oder gegen Dritte — („aus fremden Rechtsverhältnissen") —, wenn er zur Verteidigung

gegen einen materiellen Leistungs- oder gegen einen Feststellungsanspruch Einwendungen vorschützt, welche einem anderen, auf denselben Zweck ursprünglich verpflichtet Gewesenen oder gleichzeitig Verpflichteten als Einwendungen zustehen würden, wenn er verklagt wäre, oder welche zwar dem in Anspruch Genommenen selbst von Anfang an, aber ursprünglich oder gleichzeitig gegen einen anderen auf den gleichen Zweck Berechtigten als den gegenwärtigen Kläger zustanden oder zustehen (8). S. 14 ff. Wiedergabe der Ansicht Stammlers, 18 ff. nimmt er ihr gegenüber Stellung: Gegen sie besteht das grundlegende Bedenken, daß Stammler die besondere Bedeutung des Begriffs der „Einrede" als einer Unterabteilung des weiteren Begriffes der „Einwendungen" und den prinzipiellen Unterschied von „Einreden" und „motivierter Klageleugnung" nicht anerkennt, am deutlichsten bei der Erörterung der Frage, ob der debitor cessus die Simulation der Abtretung vorbringen dürfe, hervortretend. (Weitere Einzelheiten gegen Stammler a. a. O. 19—22). — Seine eigene Ansicht (22—28) faßt er dahin zusammen: Es kommt wesentlich auf das Verhältnis der Verpflichtung des Einwendungsberechtigten zur Verpflichtung des jetzigen Beklagten an; ist das Verhältnis ein derartiges, daß die Verpflichtung des jetzigen Beklagten mit rechtlicher Notwendigkeit bedingt ist durch die Entstehung der Verpflichtung desjenigen, aus dessen Recht die Einwendung entnommen werden soll, so ist die Einwendung aus dem Rechte des Dritten zulässig (27). Sie ist aber nur dann zulässig, wenn sie auch durch den Fortbestand (in dem genannten Sinne) mit rechtlicher Notwendigkeit bedingt ist (28). — Diese Sätze werden im einzelnen durchgeführt an den Erfüllungseinwendungen (28—31), dem concursus duarum causarum lucrativarum (31—35), der compensatio lucri cum damno (36—40), den sonstigen Einwendungen (40—47), den Einreden (47—57). Besonderheiten s. 57—65.

b) Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse (1904), geht von dem gemeinsamen Oberbegriffe der Einrede aus dem „fremden Rechtsverhältnisse" aus, während Stammler die Einrede aus dem Rechte gegen den Dritten ausschied. Er untersucht den Begriff der Einrede (18—35) und gelangt zu der Dreiteilung der anspruchsverneinenden, rechtsverteidigenden und rechtsverfolgenden Einrede (35). Unter der Überschrift „Kasuistik" (36—231) behandelt er, induktiv vorgehend, die Bürgschaft (36—72), Sukzession (72 bis 115), Delegation und Anweisung (115—134), Verträge zugunsten Dritter (134 bis 151), Ansprüche mit identischem Zweck (151—193) und Ansprüche auf Rückstellung einer Sache (194—231). Zuletzt gibt er (232—274) eine Kritik des Satzes „die Einrede aus dem Rechte des Dritten ist unzulässig und nur ausnahmsweise zulässig". Dort führt er aus: Der Satz „die Einrede ist aus dem Rechte eines Dritten" kann bedeuten: Sie entstammt der Rechtsstellung eines Dritten, sie ist ein dem Dritten aus seiner Rechtslage erwachsener, ihm zustehender Behelf, eine zunächst ihm gegebene Einrede, -- oder: sie hat zum Inhalt das Recht eines Dritten, ohne daß diesem Dritten eine Einrede gegeben wäre. Die Fälle der zweiten Art (Klageleugnung, compensatio lucri cum damno, Konkurrenz und Solidarität) haben auszuscheiden; das Wollen beschränkt sich auf die erste Gruppe. Der Satz kann nur mit Rücksicht auf die dreifache Art von Einreden bedeuten: 1. Die Einrede ist eine Tatsache, aus der sich ergibt, daß gegen einen Dritten ein Anspruch nicht besteht; 2. sie beruht auf einem Rechte des Beklagten, das sie a) verteidigt oder b) verfolgt. Er unterscheidet Tatsachen und Rechte, die zunächst innerhalb des fremden Rechtsverhältnisses bestehen und knüpft daran die Sätze: Einreden aus dem fremden Rechtsverhältnisse sind 1. soweit sie Tatsachen geltend machen, stets zulässig, sie wären dann ausnahmsweise durch Gesetzesvorschrift verboten. 2. Soweit sie

fremde Rechte geltend machen, stets unzulässig, sie wären dann ausnahmsweise durch Rechtsvorschrift gestattet (236—238). Er prüft nur diejenigen Erscheinungen, welche man bisher als Ausnahmen von dem Prinzipe der Unzulässigkeit der Einrede aus dem Rechte des Dritten faßte, warum sie gerade in diesen Fällen zulässig sein soll, und sondert die anspruchsverneinende (239—263), rechtsverteidigende (264—268) und rechtsverfolgende Einrede (268—273) voneinander. — Für die erste Gruppe fordert er die kausale Verknüpfung zweier Ansprüche, wenn die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse nicht „zulässig", sondern „juristisch möglich" sein soll (240). Die verschiedenen Möglichkeiten kausaler Anspruchsverknüpfung (250 ff.). a) Sie wird zunächst dadurch bewirkt, daß die Verpflichtungen, deren aktive Erscheinungsform zwei Ansprüche bilden, kausal verknüpft werden; dies geschieht, wenn der Bestand des einen zur Voraussetzung der anderen gemacht wird, d. h. ein Faktor des bei Setzung der anderen primär verfolgten Zweckes ist. (Ausführliche Polemik gegen Rauchenberger a. a. O. 250 Anm. 1); b) Sie besteht unter identischen Ansprüchen! Fälle der Sukzession (253); c) wenn jemand seinen Angriff oder seine Verteidigung, also seine Anspruchsbehauptung oder die Verteidigung gegen solche darauf stützt, daß ein anderer Anspruch besteht oder bestand (253 ff.), eine zweite Gruppe 259 ff. — Bezüglich der rechtsverteidigenden Einrede gilt folgendes: Beruft sich der mit dem dinglichen Anspruch Angegriffene auf das Recht des Dritten als gegebene Tatsache, so ist sein Einwand wegen mangelnder logischer Schlüssigkeit abzuweisen. Versucht er es aber, das Recht des Dritten als Machtinhalt gegenüber dem Anspruche geltend zu machen, so ist ihm die Legitimation zu solcher Geltendmachung fremden Rechtes abzuverlangen und sein Einwand beim Mangel einer solchen allerdings als unzulässig abzuweisen (268). — Für die rechtsverfolgende Einrede gilt der Satz: Die Ausübung fremder Rechte ist ohne legitimierende Verbindung mit der fremden Rechtslage unzulässig. Die Einrede ist hier entweder einredeweise Verfolgung des Rechtes des Dritten oder gegen den Dritten. Beides ist im allgemeinen unzulässig (270). Über Modifikationen und Besonderheiten 271 ff.

6. Verfügung.

*Seligsohn schlägt zum Begriff der Verfügung 14 ff., 2 ff., 38 ff. folgende Fassung vor: Im Gegensatze zu den lediglich eine Verbindlichkeit begründenden Geschäften stehen die privatrechtlichen Verfügungen. Unter diesen versteht das BGB. Rechtsakte, durch welche Rechte unmittelbar aufgehoben, übertragen oder wesentlich verändert werden. Nicht alle privatrechtlichen Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, wie überwiegend in der Literatur behauptet wird. Das BGB. rechnet vielmehr zu den privatrechtlichen Verfügungen auch die Verfügungen, die „im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen", die zweifellos nicht Rechtsgeschäfte sind.

Unter dem Ausdruck „Verfügen" versteht das Gesetz eine gewollte rechtliche, niemals eine faktische Einwirkung auf eine Sache. Keine Verfügungen im Sinne des BGB. sind daher die Rechtshandlungen. Dagegen sind Verfügungen, insbesondere die Veräußerung, die Abtretung, die Einziehung einer Forderung, die Kündigung, die Stundung und die Aufrechnung. Nicht unter den Begriff der Verfügung fallen außer den obligatorischen Rechtsgeschäften die Prozeßhandlungen. Eine andere Bedeutung als die gekennzeichnete haben die „letztwilligen Verfügungen".

7. Die Haftung des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten.

Endemann, Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung für Schadensersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten, Jahresbericht 1903/4 der Berliner JurGesellschaft 46—51, gibt zunächst eine Übersicht über die Fälle

des BGB., in denen sich eine unmittelbare Haftung des Schuldners einem an dem Vertragsverhältnisse nicht beteiligten Dritten gegenüber feststellen läßt, so daß diesem aus eigenem Rechte ein Schadensersatzanspruch zusteht: Fälle von Überleitung der Haftung wegen Verletzung der Vertragspflichten auf einen Unterschuldner (§§ 989—993 — 604 Abs. 4, 556 Abs. 3 — Erbschaftskauf, §§ 419, 1086 — §§ 2080 Abs. 1, 2194, 2196; — § 2161; — §§ 822, 816 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 4; — § 2329 und die Anfechtungsrechte im Konkurs und außerhalb). — In mehreren Fällen erkennt das Gesetz eine unmittelbare Haftung wegen Gefährdung fremder Interessen an (§§ 1298, — 1134, 1135, — 123 Abs. 2 Satz 2); ferner Fälle der Geschäftsführung oder Verwalterstellung (§§ 53, 1985 Abs. 2, 2219). Näheres über den vom **RG. 52** 366 entschiedenen Fall des Rechtsanwalts (Notars), der wegen falscher Auskunftserteilung usw. auch Dritten haften soll, a. a. O. 49 (über diesen Fall IDR. **1** zu § 676 Note 4, **2** zu § 305 Ziff. 2 u. § 676 Ziff. 2 u. unten zu § 676). — Ist auch als Regel die enge Begrenzung der obligatorischen Haftung festzuhalten, so können vielfach doch an dem Bestande des Schuldverhältnisses und seiner Erfüllung Dritte ein wohlbegründetes Interesse haben, und es ist möglich, daß dieses Fremdinteresse in dem Inhalte des vertragsmäßigen Pflichtgebiets derart aufgenommen wird, daß die Verletzung der Vertragspflichten gegen den Vertragsgegner zugleich eine Verletzung der Pflicht gegen den Dritten enthält und eine unmittelbare Haftung ihm gegenüber auslöst, die er aus eigenem Recht verfolgen darf. Die verschiedenen Einzelnormen deuten auf diesen allgemein gültigen, sozialen Rechtsgedanken hin. Als Richtpunkte für die Grenzprüfung ist festzuhalten: a) Daß das Drittinteresse kundbar hervortritt oder wenigstens nach Lage der Dinge mit ihm gerechnet werden muß. b) Das Recht der zu vertretenden Sorgfalt ist aus dem Grundverhältnisse zu bestimmen; es handelt sich hier nur um Fahrlässigkeit; maßgebend ist, ob die pflichtverletzende Wirkung der Handlung erkennbar war. c) Die Grenze gegen die Fortführung der Haftung nach dem reinen äußeren Kausalzusammenhange bietet die juristische Auffassung und Bemessung des ursächlichen Zusammenhanges. Die Haftung reicht nur so weit, als das Fremdinteresse der Sorgfaltpflicht des Schuldners unterstellt ist. — Weitere Einzelheiten, besonders über unerlaubte Handlungen a. a. O. 50. —

8. **RG.** — s. auch u. zu § 278 — Gruchots Beitr. **48** 903, IW. **04** 141, 142, daß eine und dieselbe Handlung oder Unterlassung eine Verletzung sowohl der dem Handelnden dem Dritten gegenüber obliegenden Pflicht, ihn nicht zu schädigen, wie auch zugleich der besonderen Vertragspflicht bilden kann, die ihm gegen eine bestimmte Person obliegt. (Entschieden zu der Frage der Haftpflicht des Vermieters gegenüber seinen Mietern und aus dem Gesichtspunkte, daß er einen Verkehr eröffnet bezüglich der sicheren Durchgänge: nur für die gewöhnliche Zeit, dem Mieter gegenüber zu jeder Zeit.)

9. Zu Neumann, Prolegomena — vgl. IDR. **2** zu §§ 241 ff. Ziff. 2 — s. Fuchs (Kassel), Gruchots Beitr. **48** 670/5: ausführliche Inhaltswiedergabe. S. ferner Klingmüller ILBl. **04** 227/9 teils zustimmende, teils widersprechende kritische Bemerkungen allgemeiner Natur.

§ 241. 1. Das Urteil **RG. 53** 297, SächsA. **13** 355, IW. **03** Beil. 42 — s. IDR. **2** zu § 241 Ziff. 1 — ist jetzt auch in Puchelts Z. **35** 16 ff. veröffentlicht.

2. *Martinius, AzivPr. **46** 133: Ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers wird zur Begründung eines Schuldverhältnisses nicht erfordert. Das einzige Korrektiv bietet die Schikane-Einrede gegenüber der Rechtsausübung.

3. **RG. 56** 356 ff.: Entscheidend für die Verneinung der Frage, ob die Verletzung eines obligatorischen Rechtes durch einen Dritten nach Maßgabe des

§ 823 Abs. 1 schadensersatzpflichtig macht (vgl. IDR. **2** zu § 823 Ziff. 6f.), ist das Wesen des Schuldverhältnisses, wie es in § 241 bestimmt ist. Eine bestimmte Person (der Gläubiger) ist von einer anderen bestimmten Person (dem Schuldner) eine Leistung zu fordern berechtigt. Dagegen wirkt das dingliche und absolute Recht gegen alle; jedermann hat es zu respektieren; jenes bindet nur eine bestimmte Person, nur deren Willen; die Rechte des Gläubigers sind nur Rechte gegen den Vertragsgegner und brauchen daher von einem Dritten nicht beachtet zu werden. (Vgl. im übrigen unten zu § 823 Abs. 1; s. auch u. zu § 281 Ziff. 2.) S. ferner **RG.** DIZ. **04** 602 Nr. 52.

§ 242. 1. Anwendungsgebiet. Allgemeines.

a) Titze, KrVSchr. **45** 365 Anm. 1: Das BGB. sieht nicht schlechthin in der Verletzung von Treu und Glauben einen Anspruch erzeugenden Tatbestand. Nur gegen den Schuldner lassen sich in dieser Weise Ansprüche begründen. Auch den Gläubiger unter den § 242 zu stellen, ist nicht angängig. (Anders Kisch, Unmöglichkeit 220, 156.) Deshalb hat der Schuldner — anders Kisch a. a. O. — nicht schon deshalb einen Anspruch gegen den Gläubiger, weil dieser „wußte oder wissen mußte", daß die Leistung unmöglich werden wird. — S. auch Rehbein, IDR. **1** zu § 242 Ziff. 1 Abs. 2.

b) Pollak, Buschs Z. **33** 253: Auf Prozeßpflichten ist der § 242 unanwendbar.

c) **RG. 57** 116 ff., insbes. 118, IW. **04** 200 Nr. 10, HansGerZ. **04** Hauptbl. 186 ff.: Auch für die Auslegung des § 279 ist § 242 heranzuziehen. (S. im übrigen unten zu § 279 Ziff. 2.)

d) OLG. **8** 429, HansGerZ. **04** Beibl. 150 (Hamburg) (s. auch unten zu § 268). § 242 setzt ein vertragsmäßig bestehendes Schuldverhältnis voraus; das ist nicht der Fall, wenn ein Übergang gemäß § 268 stattgefunden hat. S. auch u. zu § 268.

e) Besonderes über die Verkehrssitte. Vgl. IDR. **1** zu § 242 Ziff. 2. **RG.** SeuffA. **59** 310 ff., R. **04** 17 Nr. 11: Die Maßstäbe der „Verkehrssitte" und „Treu und Glauben" haben nicht nur innerhalb der vom Gesetz ausdrücklich gezogenen Grenzen Geltung zu beanspruchen. Sie sind vielmehr überall da anzuwenden, wo sie nicht vom Gesetz oder nach seinem Wortlaute oder Zusammenhang ausgeschlossen sind. Wie § 157 auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden ist, so ist die Verkehrssitte ein unentbehrliches Hilfsmittel, um die Tragweite eines bestimmten Tuns oder Unterlassens, insbesondere nach der Richtung festzustellen, ob in ihm überhaupt der Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens zu finden ist. — Treu und Glauben erheischen, daß, wer ein Gewerbe an einem Orte betreibt, sich nach dem für diesen Betrieb Hergebrachten erkundige und danach sein Verhalten einrichte. (S. ferner unten zu § 278.)

➠ Die Formulierung, wonach es Fälle geben soll, wo die Berücksichtigung von „Treu und Glauben" „vom Gesetze nach seinem Wortlaute oder Zusammenhange" im Sinne des RG. ausgeschlossen ist, ist doch bedenklich und widerspruchsvoll, denn das RG. scheint hier die Ansicht aussprechen zu wollen, daß Berücksichtigung von Treu und Glauben allen gesetzlichen Vorschriften und Tatbeständen immanent sei. In diesem Sinne kann dann aber doch wohl von einer Ausschließbarkeit nicht gesprochen werden. Oder aber, der gesetzliche Hinweis auf Treu und Glauben hat einen besonderen Sinn da, wo er gegeben wird. Dann bedarf es der Abgrenzung und Unterscheidung. — Red. ⟵

2. Die exceptio und replicatio doli generalis. S. IDR. **1** zu § 242 Ziff. 1, IDR. **2** unter Ziff. 2 und 3a.

a) Allgemeines. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. 38 56 ff.: Ein allgemeiner Rechtssatz, daß jeder Anspruch, der gegen Treu und Glauben verstößt, abzuweisen ist, ist aus den Spezialvorschriften und den §§ 157, 242 nicht abzuleiten. Er hat nur in dem Umfange Geltung zu beanspruchen, in welchem solche generellen Vorschriften ihn anerkennen — (Darlegung der Entstehungsgeschichte) — §§ 226, 826.

b) OLG. Braunschweig, BraunschZ. 51 129 Nr. 77: Zweifellos kann mindestens in Vertragsverhältnissen bei dem Versuche, übernommenen Vertragspflichten sich zu entziehen, einem mit Treu und Glauben unvereinbaren Verhalten auch nach neuem Rechte mit der doli exceptio generalis erfolgreich begegnet werden. — Ebenda Nr. 78. Auch eine replica doli generalis ist als zulässig anzuerkennen (vgl. Crome I § 36 Ziff. 1, 186 ff., Enneccerus-Lehmann I 329 ff., Rehbein I 151, 339; II 13).

c) Dieselbe Entscheidung: Einrede der Verjährung. Mit Rehbein insbesondere ist anzunehmen, daß gegen die Einrede der Verjährung die Replik zuzulassen ist, Beklagter habe durch sein Verhalten den Kläger „induziert", nicht zu klagen. Für solche Replik ist nicht erforderlich, daß Beklagter von vornherein arglistig, d. h. in der Absicht gehandelt hat, den Berechtigten zum Absehen von Geltendmachung seines Anspruchs zu veranlassen. Es genügt, wenn objektiv die Untätigkeit des Klägers durch den Beklagten veranlaßt ist; dann widerspricht es Treu und Glauben, wenn hinterher der Beklagte die Rechte aus der Verjährung geltend macht. — S. ferner ebenda 130 Nr. 79, gleichfalls über die Zulässigkeit der replicatio doli gegenüber der Verjährungseinrede. Nicht erforderlich, daß in der Anstellung der Widerklage eine arglistige Machination des Beklagten zu erblicken ist; es genügt, daß sie sich als unberechtigt herausstellt. Auch ist unerheblich, daß der Beklagte sie in gutem Glauben an ihre Begründetheit angestrengt hat. Doch muß das widerrechtliche Verhalten den Kläger an der Anstellung der Klage verhindert haben.

d) Verhinderung einer Willenserklärung und Verwandtes.

α. RG. 58 356, JW. 04 482 Nr. 3, R. 04 574 Nr. 2451: Fall von exceptio doli generalis — s. u. zu § 249.

β. S. auch RG. SeuffA. 59 258 ff., JW. 04 89 Nr. 7, R. 04 192 Nr. 87, DJZ. 04 313 Nr. 24: In den §§ 157, 242 wird zum Ausdrucke gebracht, daß aller Rechtsverkehr unter der Herrschaft der bona fides stehen müsse, daß das Recht aufhöre, Recht zu sein, wo es mißbraucht werde, und daß im Rechtsverkehre ein jeder auf die Ehrlichkeit und Anständigkeit des Gegenkontrahenten sich müsse verlassen können. Daher muß es dem Schuldner u. U. gestattet sein, auch ohne Anfechtung nach § 123 Abs. 2 und ohne Geltendmachung eines Schadensanspruchs gegen die Inanspruchnahme aus einer Schuld sich mit der Einrede der Arglist mit dem Ziel auf Klagabweisung zu wehren, wenn die Schuld bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers nicht oder nicht so, wie sie geltend gemacht wird, bestehen würde.

γ. RG. JW. 04 337: Zur Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist, selbst wenn der Adressat den Zugang absichtlich verhindert oder das Unterbleiben des Zuganges verschuldet, erforderlich, daß sie ihm gemäß §§ 130 oder 132 gehörig zugeht. Ergibt sich dann aber hieraus eine Verspätung des Zuganges oder eine Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form der Erklärung, so stellt sich die Geltendmachung dieser Mängel durch den Empfänger der Willenserklärung als eine wider Treu und Glauben verstoßende Ausbeutung der Rechtskonsequenz dar; ihr kann der Erklärende wirksam mit dem Rechtsbehelfe der Arglist (der früheren exceptio oder replica doli generalis) entgegentreten. —

In gleichem Sinne **RG.** JW. **04** 481 Nr. 1, DJZ. **04** 1091 Nr. 91. S. a. o. zu § 130 unter IV b.

Anwendung vorstehender Grundsätze auch in **RG.** JW. **04** 555 Nr. 14: die exceptio doli generalis ist im Falle des § 1165 nicht mit den dort bezeichneten Verfügungen erschöpft. Es wäre nicht unzulässig, die Befreiung des Schuldners von seiner persönlichen Verbindlichkeit auch da eintreten zu lassen, wo der Gläubiger durch sein Verhalten absichtlich die rechtliche und wirtschaftliche Lage seines Schuldners verschlechtert hat (s. im übrigen u. zu § 1165).

δ. Isay, KrVSchr. **45** 328 (Besprechung von Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, AzivPr. **91** 442 ff., **92** 1 ff. — s. a. JDR. **2** zu § 241 Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen) läßt wie Wendt, wenn der Adressat einer Erklärung deren Abgabe vereitelt, diese Erklärung noch verspätet zu, will aber in den Fällen der Vereitelung des Empfanges den Empfang einfach fingieren.

3. Einzelne Anwendungsfälle aus der Literatur und Rechtsprechung. S. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 4.

a) Allgemeiner Natur.

α. Ausbeutung der formalen Rechtslage. Über die Frage, ob es gegen die guten Sitten und Treu und Glauben und gegen die sittlichen Anschauungen aller achtbaren Kaufleute verstößt, die formale, als durch das Versehen des Gegenkontrahenten geschaffen nachträglich erkannte Rechtslage zum Schaden des anderen auszunutzen, obwohl der Verzicht auf sie ohne jeden eigenen Nachteil erfolgen kann (LG. u. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 233 ff.) s. u. zu § 826.

β. Verzug. **RG.** ElsLothrJZ. **29** 191/2: §§ 242, 320 Abs. 2 finden auch auf den Verzug Anwendung. Verhältnismäßig geringfügige Rückstände kommen immer auch für die Frage des Verzugs in Betracht.

b) Besonderer Art.

α. Anzeigepflicht. A. Kohler, Zur Anzeigepflicht im Zivilrecht, AbürgR. **25** 164 ff., gibt eine Übersicht über die Fälle, in denen eine gesetzliche Anzeigepflicht besteht, und beantwortet, im Anschluß an einen praktischen Fall, die Frage: — „Besteht bei einem bedingten Rechtsgeschäfte für den einen Vertragsteil eine Rechtspflicht, dem anderen von der Entscheidung der Bedingung Mitteilung zu machen, sobald ihm die Entscheidung bekannt geworden ist, und er annehmen muß, daß der andere, zu dessen Gunsten die Entscheidung ist, sie nicht erfahren hat?" — bejahend auf Grund des § 157.

β. Berücksichtigung des Schuldnerbetriebs. *Seelmann, Das Straßenbahnbillet, AbürgR. **25** 186 ff., führt über die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung der Benutzungsbedingungen durch die Fahrgäste 206 ff. aus: Es ist unbillig und bedeutet einen Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn der Benutzer und Gläubiger von dem Schuldner die Leistung fordert, ohne in seiner Person die Voraussetzungen zu erfüllen, die der Betrieb des Schuldners erheischt. Die Straßenbahn ist daher nicht verpflichtet, einen Fahrgast zu befördern, der sein Billet nicht vorzeigt. Aus § 242 ergibt sich, daß der Schuldner auch nur dann die Leistung zu bewirken braucht, wenn sie nach Treu und Glauben von ihm erforbert werden kann. Andernfalls hat er eine dem Zurückbehaltungsrechte verwandte exceptio doli. Je nachdem kann dies zur Suspension der Leistung oder aber zur Nichterfüllung führen. Im vorliegenden Falle braucht die Bahn die Leistung überhaupt nicht mehr zu erbringen, sie kann die Beförderung dauernd verweigern (anders, wenn etwa ein Eisenbahnfahrgast die Vorzeigung der Karte, die er ursprünglich verweigert hat, nachholt). Die Befugnis, den Fahrgast auszuweisen, erwächst der Bahn, wenn er sein Billet nicht vorzeigt, die Tatsache an sich genügt.

γ. Untreue. Vollstreckung. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 164: Der Gläubiger handelt widerrechtlich, wenn er den vollstreckbaren Schuldtitel trotz nachträglich gewährter Stundung zur Vollstreckung bringt. Kann der Schuldner den Stundungsvertrag gemäß § 775 Ziff. 4 ZPO. urkundlich nachweisen, so wird den Vollstreckungsanträgen des Gläubigers keine Folge gegeben. Versagt das Prozeßrecht, so muß er nach materiellem Rechte den zu Unrecht beigetriebenen Betrag kondizieren. Denn nur die formal nach dem Rechte der Vollstreckung eingetretene Rechtsänderung, nicht aber die Vermögensänderung ist gerechtfertigt. (S. im übrigen u. zu § 812.)

δ. Antwortpflicht der Kaufleute. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 23/4: Treu und Glauben im Verkehr unter Kaufleuten gebieten selbst dann, wenn eine Geschäftsverbindung zwischen ihnen nicht besteht, im Regelfalle dem Empfänger der Erklärung, daß der Erklärende einen von ihm akzeptierten Wechsel eingekauft habe, alsbaldige Antwort, wenn das Akzept gefälscht ist, so daß unter Umständen die Unterlassung für den daraus entstandenen Schaden haftbar machen kann. Von dieser Regel findet aber eine Ausnahme statt, wenn die Treue gegen einen Angehörigen die Anzeige verbietet. Wenn beim Widerstreite sittlicher Pflichten erlaubterweise diejenigen gegen den Verwandten vorangestellt wurden, so liegt kein widerrechtlicher und schuldhafter Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners oder gar Handeln gegen die guten Sitten vor. (Dem Gatten von Tochter und Schwester drohte eventuell Strafe wegen Wechselfälschung. Analoge Anwendung des Grundgedankens der §§ 342 Ziff. 2 ZPO., 54 StPO., 257 Abs. 2 StGB.)

ε. Arglistige Herbeiführung der Vertragsstrafenpflicht. **RG.** ElsLothJZ. **29** 81: Mit der Vertragstreue steht im Widerspruche, wenn ein Vertragsteil nicht in Wahrung seiner vertragsmäßigen Rechte und Interessen, sondern unter Verletzung seiner eigenen Verpflichtung zur Vertragstreue aus Eigennutz oder sonst verwerflichem Beweggrund einen Dritten in der unlauteren Absicht, dem anderen Vertragsteil eine Falle zu stellen, zu einer Warenbestellung veranlaßt, deren Annahme und Ausführung den anderen Vertragsteil vertragsbrüchig macht und zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet. Nur unter besonderen Umständen, wenn begründeter Anlaß vorliegt, an der Vertragstreue des Gegenkontrahenten zu zweifeln, kann allerdings ein Vertragsteil ein berechtigtes Interesse daran haben, die Vertragstreue des Gegners auf die Probe zu stellen.

ζ. Pflicht des Käufers, Nachlassung anzunehmen. **RG.** ElsLoth. JZ. **29** 641: Wenn auch das BGB. weder vom Rechte des Käufers, Nachbesserung beanspruchen zu können, noch von der Berechtigung des Verkäufers spricht, die Gewährleistungsansprüche durch Nachholung und Beseitigung der Mängel abzuwenden, so würde er doch regelmäßig gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinem rechtlichen Interesse vollständig genügende Nachbesserung ablehnte.

η. Das Urteil **RG. 53** 420, JW. **03** Beil. 53 — s. JDR. **2** zu § 242 Note 4e, § 398 Note 3b Abs. 4, § 409 Note 2 — s. jetzt auch PucheltsZ. **35** 36 ff.

§ 243. 1. Wahlschuld und Gattungsschuld.

RG. 57 141 JW. **04** 200 Nr. 8 (s. auch u. zu §§ 262 Ziff. 4, 287 Ziff. 2): Das Wesentliche der Alternativverpflichtung besteht in der Wahl zwischen mehreren Leistungen; die Wahl kann auf verschiedene Gegenstände, aber auch auf Verschiedenheiten in Zeit und Ort gerichtet sein; die Leistungspflicht gattungsmäßig bestimmter Sachen aus einem gewissen Vorrat bedingt keine Wahl und ist eine besonders geartete Gattungs-, keine Alternativschuld. (Leistung bestimmter Quan-

titäten aus dem Hafer eines Gutes: — Gattungsschuld!) — Nach § 243 Abs. 2 konzentriert sich die Leistung beim Gattungsdistanzkauf gemäß § 447. —

2. Beweislast.

*Rosenberg, AzivPr. 94 100, 131: Wer die Lieferung einer Sache von besserer oder schlechterer Qualität als von mittlerer Art und Güte oder mit besonderen Eigenschaften verlangt, muß eine entsprechende Vereinbarung beweisen.

*Franz Leonhard, Beweislast 339 f.: Der Kläger hat die Vereinbarung über die Beschaffenheit zu beweisen, also auch, ob besondere Eigenschaften vereinbart sind.

3. Beschränkung nach Abs. 2.

a) OLG. 8 435/6, SeuffA. 59 74, R. 04 103 Nr. 432 (Marienwerder): Die Beschränkung auf eine bestimmte Sache tritt nicht in jeder Beziehung ein; das ursprüngliche Schuldverhältnis bleibt noch insoweit von Bedeutung, als Treu und Glauben es erfordern; diese erfordern, daß der Gläubiger sich nicht auf die nach Abs. 2 erfolgte Konkretisierung berufen darf, wenn ihm Sachen der ursprünglich geschuldeten Art geliefert werden, und er keinerlei Interesse dabei hat, gerade diejenigen Sachen zu bekommen, auf welche sich das Schuldverhältnis beschränkt hat. — Vgl. über diese Frage auch JDR. 1 zu § 243 Ziff. 4 u. 2 Ziff. 2. —

b) RG. 57 403/4, JW. 04 286 Nr. 5, FrankfRundsch. 38 65 ff. (s. auch u. zu § 279 Ziff. 3): Den §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2 hat der Gattungsschuldner erst dann genügt, wenn er die ausgeschiedene Sache als solche dem Gläubiger angeboten und diesen dadurch in die Möglichkeit versetzt hat, sich über die Annahme oder Nichtannahme der Sache schlüssig zu machen, auf welche sich das Schuldverhältnis nunmehr beschränkt; der Eintritt des Annahmeverzugs allein befreit den Gattungsschuldner nach § 293 nicht, weil er nicht zum Übergange der Gefahr genügt. — Ebensowenig der Abnahmeverzug nach § 433 Abs. 2 (s. darüber u. zu § 433 und zu § 287 Ziff. 2). — Vgl. auch OLG. Breslau, R. 04 165 Nr. 727.

c) RG. ElsLothJZ. 29 644, HoldheimsMschr. 04 229 ff.: Durch den Annahmeverzug wandelt sich die Gattungsschuld in eine Verpflichtung zur Lieferung der dem Schuldner angebotenen, aber nicht angenommenen Ware um (§§ 243 Abs. 2, 295, 300).

§ 246. *Rosenberg, AzivPr. 94 100: Wer behauptet, es seien höhere oder geringere Zinsen vereinbart, trägt die Beweislast.

§ 247. Nußbaum, Die Damnohypothek, AbürgR. 25 62 ff., hält die Konstruktion des „Damnos" als kapitalisierten Zinses, so daß dem Schuldner das Kündigungsrecht aus § 247 zuzubilligen wäre, wenn der Zinsfuß der Hypothek unter Einrechnung des Damnos 6% übersteigt, für nicht haltbar (66/67). Was als Damno geschuldet wird, wird nicht als Zins geschuldet. Auch aus begrifflichen Gründen kann eine einmalige zusammen mit dem Kapital fällige Leistung nicht als Zins behandelt werden; denn der Zins ist ein für bestimmte Zeitabschnitte bemessener und regelmäßig wiederkehrender Ertrag des Kapitals (§§ 101 Ziff. 2, 246, 247). Allerdings kann man den Vorschriften über Zinsen, insbes. auch dem § 247, auf diese Weise entgehen, indem man sich statt der Zinsen ein Damno versprechen läßt. Dies ist aber nichts Auffälliges. (S. auch u. im Hypothekenrecht und zu § 607.)

Literatur (zu §§ 249—255): Appelius, Besprechung von Heß' Märchen vom Kausalzusammenhang, KrVSchr. 45 103—111. — Jobl, Der Begriff des Zufalls, GS. 64 417 ff. — Kähler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft (Halle 1904). — v. Königslöw, Unzulässigkeit der Schadensteilung gemäß § 254 Abs. 1 BGB. in den Fällen des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes (1904). — Loewe, Besprechung von Rümelins Verwen-

dung der Kausalbegriffe, KrVSchr. 45 116—127. — Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des BGB., zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Kausalität im Rechtssinne (1905). — Rümelin, Besprechung von Oertmanns Vorteilsausgleichung, KrV. Schr. 45 189 ff. — Schmidt-Pasing, Ansprüche und rechtliche Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderers, Seuff. Bl. 04 357 ff. — J. U. Schroeder, Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im zweiten Absatze des § 254 BGB., AzivPr. 95 298—314. — Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung bei Schadensersatzanspruch statt? (1904.) — Wieland, Ermächtigung zum Leistungsempfang, AzivPr. 95 223 ff.

§ 249. 1. Allgemeines.

a) **RG.** ElsLothrJZ. **29** 647: Das BGB. stellt nicht wie ALR. I. 6 § 25 eine Rechtsvermutung gegen den in Ausübung einer unerlaubten Handlung Befindlichen dahin auf, daß ein Schaden, der in nahem zeitlichen oder örtlichen Verhältnis zur unerlaubten Handlung steht, in seiner Schuld die Ursache hat. S. auch **RG.** Gruchots Beitr. **48** 923. Aus der durch die Bedürfnisse der Schiffahrt hervorgerufenen Praxis des RG. und ROHG., wonach das Zuwiderhandeln gegen gesetzliche, zum Schutze bestimmter Interessen gegebene Vorschriften als kausal für die Entstehung eines Schadens, dessen Verhütung durch jene Vorschriften bezweckt wurde, anzusehen sei, so daß die Entschädigungsklage des Verletzten keiner weiteren Begründung bedarf, als des Nachweises der erfolgten Beschädigung und des äußeren Zuwiderhandelns, ist ein allgemein durchgreifender Rechtssatz nicht zu entwickeln.

b) Werner, R. **04** 330/331, bekämpft die Ansicht des OLG. **7** 29 (Köln), daß Ersatzpflicht auch ohne Verschulden eintritt, scharf (s. auch unten zu §§ 823, 904).

c) *Fleischmann, EisenbE. **20** 286 ff.: Nicht berührt von dem BGB. ist die Frage, ob eine Haftung für den Schaden besteht, der durch rechtmäßige obrigkeitliche Akte dem privaten Gute zugefügt wird. Im gemeinen Rechte schwankender Gerichtsgebrauch. Für das Gebiet des preußischen Rechtes führt Fleischmann aus, daß Einl. z. ALR. §§ 74, 75 fortgelten, aber eine Einschränkung durch die KabO. 4. 12. 31 erfahren haben. Voraussetzung der Haftung ist: Eingriff durch einen Staatsakt, der nicht Ausübung eines sog. Majestätsrechts ist (wie Gesetz, Polizeiverordnung), also z. B. durch polizeiliche Verfügung (etwa auf Straßensperrung) — Beeinträchtigung eines besonderen Rechtes, nicht eines nur tatsächlichen Urteils: ein solches Recht liege z. B. nicht vor in der allgemeinen Gewerbefreiheit (deshalb keine Entschädigung für die Fuhrwerksunternehmer bei Straßensperrung), wohl aber bei Nutzungsrechten, die besonders verliehen sind (z. B. bei der Straßenbahnkonzession). Die Haftung trifft nicht immer den Staat, sondern denjenigen engeren Verband im Staate, in dessen Interesse die Anordnung erfolgt ist, in der Regel die Gemeinde. Für den Umfang der Entschädigung müßten jetzt die §§ 249 f. BGB. gelten. S. auch unten zu § 839.

2. Begriff. S. JDR. **2** zu § 249 Ziff. 2.

a) Rümelin, Besprechung der Oertmannschen Vorteilsausgleichung — s. unten zu § 255 Ziff. 2 a — KrVSchr. **45** 196/197 definiert: Schaden ist die einer bestimmten Person nachteilige Differenz zwischen dem Zustande, wie er in adäquatem Kausalzusammenhang mit einem bestimmten Ereignis sich entwickelt hat, und dem Zustand, der ohne dieses Ereignis in ebensolcher Weise sich entwickelt haben würde. Mit dieser „Differenztheorie“ sind aber nicht etwa die Fragen, ob die Vergleichung nur auf den Vermögensstand bezogen, ob die Differenz immer nach ihrem Geldwert angeschlagen werden soll, bejaht. Sie sind zu verneinen. Die Walsmannsche Wertdifferenztheorie und die Fabel von den zwei Schadenstheorien muß trotz Oertmann aus der Literatur verschwinden.

Es ist mit einer Feststellung sämtlicher konkreten Differenzpunkte für das BGB. zu rechnen, aber ohne daß eine Wertabschätzung der Differenzposten notwendig wäre (s. auch unten zu § 255 a. a. O.).

RG. ElsLothJZ. **29** 647: Der allgemeine Ausdruck „Schäden" umfaßt Schaden jeder Art (Futterkosten!).

b) Gerhard, ZVersWiss. **04** 400—402, teilt eine Entscheidung des LG. Mainz mit, die für die Abgrenzung bedeutungsvoll erscheint, welche Schäden oder Vermögensnachteile nicht unter die Haftpflichtversicherung und damit auch nicht unter den technischen Begriff der Haftpflicht fallen (Werkvertrag. Errichtung eines Neubaues. Frage, ob von der Versicherungsgesellschaft Zahlung der Erneuerungsarbeiten verlangt werden könne. Verneinung des Anspruchs).

3. Inhalt. Art und Wesen des Schadensersatzes.

a) Rehabilitation.

RG. 56 286: Der Verletzte kann je nach Umständen — insbesondere im Falle des § 824 — die Zurücknahme der aufgestellten, bzw. verbreiteten Behauptung, oder sonstige, die Kundgebung außer Wirkung setzende Maßnahmen — sowie Rehabilitation — verlangen.

b) Gegen den falsus procurator.

Kiehl, BuschsZ. **33** 550 — s. näheres unten zu § 262 Ziff. 2 — bekämpft Hupkas Ansicht, nach dem der Anspruch auf Schadensersatz gegen den falsus procurator unbedingt nur auf Geld gerichtet sein soll. Nicht nach § 249, sondern nach § 179 Abs. 1 ergibt sich ein derartiges Resultat.

c) *Keyßner, Haftpflicht der Eisenbahn für Sachbeschädigung und Funkenflug, R. **04** 618 ff.: Ist dem Eigentümer eines Grundstücks die Klage auf Einstellung des mit obrigkeitlicher Genehmigung auf einem Nachbargrundstück errichteten Gewerbebetriebs entzogen, so steht ihm als Ersatz dafür die durch Verschuldungsnachweis nicht bedingte Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens zu. **RG. 57** 134; R. **04** 617 ff. Nr. 24.

d) Bei anfechtbaren Verträgen.

α. **RG. 56** 51, R. **04** 220 Nr. 1019 über Art und Wesen des Schadens und Schadensersatzes bei einem wegen Betrugs nichtigen, aber noch nicht erfüllten Kaufvertrage. Der Schaden besteht bloß in der eventuellen Anzahlung und etwa aufgewendeten Kosten, unter Umständen auch in entgangenem Gewinn, wenn der Betrogene durch das nichtige Geschäft bewogen worden sein sollte, ein anderes vorteilhaftes auszuschlagen. Diese Schäden sind nach § 249 zu ersetzen. Er kann aber nicht Erfüllung des an sich nichtigen Vertrags lediglich zu dem Zwecke verlangen, um dann sagen zu können, daß er durch Bezahlung eines zu hohen Preises in Schaden gekommen sei. Dieser Schaden kommt erst durch die vom Geschädigten verlangte Erfüllung zum Vorschein und ist nicht vom Betrüger verschuldet. (Vgl. u. zu §§ 459, 462.)

β. OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 262/3. Neben der Befugnis, den anfechtbaren Vertrag anzufechten, steht dem durch arglistige Täuschung Verletzten wegen der durch die Anfechtung nicht beseitigten nachteiligen Wirkungen der unerlaubten Handlung ein Schadensersatzanspruch zu. Da bei vorgenommener Anfechtung der Vertrag als nicht vorhanden gilt, so ist dem § 249 genügt durch den Wegfall der infolge der Anfechtung nichtigen Willenserklärung. Es handelt sich daher nur noch um den Ersatz des durch den Wegfall des nichtigen Rechtsgeschäfts nichtgedeckten Schadens. Wie aber ein Anspruch auf Erfüllung eines nichtigen Vertrags nicht besteht, so auch nicht auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses, sondern lediglich auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

e) *Kähler, Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft (Halle 1904): Schadensersatz auf Grund der Gesetze vom 20. Mai 1898 und 14. Juni 1904 ist sofort in Geld zu leisten.

4. Vom Kausalzusammenhange. S. JDR. **2** zu § 249 Ziff. 3, **1** Ziff. 2. S. auch RHG. § 1 zu II.

a) Insbesondere die adäquate Verursachung.

α. Loewe, KrVSchr. **45** 116—127 bespricht Rümelin, Verwendung der Kausalbegriffe — s. JDR. **1** zu Ziff. 2 —, indem er den Inhalt der Arbeit vorwiegend berichtend wiedergibt. Er erblickt in Rümelins Theorie: die Aufstellung des wesentlichen Begriffes der adäquaten Verursachung vom Standpunkte der nachträglichen Prognose; aber hinter diesem stehe die Hervorhebung der wesentlichen Bedingungen, das hypothetische Eliminationsverfahren Thyrèns, das am letzten Ende auf das z. Z. herrschende soziale Leben verweise, auf dessen Studium fußend der Gesetzgeber bei seinen Normen, der Richter bei seinen Urteilen das ihm Wesentliche bezeichne unter Zuhilfenahme der Kenntnisse, welche die menschliche Forschung als bis auf weiteres objektive Wahrheit gefunden habe. Diese Tätigkeit sei von grundlegender Bedeutung.

β. *Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters 24/70, untersucht eingehend die Bedeutung der juristisch beachtlichen Kausalität. Er verwirft die herrschende Bedingungstheorie, weil sie ohne das Korrektiv des Verschuldens versage, den Einschränkungsversuch Endemanns als eine unklare Vermengung der Bedingungstheorie mit Teilen adäquater Kausalbetrachtung, die „metaphysischen" Kausalitätstheorien aus erkenntnistheoretischen Gründen und spricht sich für die prinzipielle Berechtigung der Lehre von der adäquaten Verursachung aus. Die logischen Möglichkeiten bei ihrer Ausgestaltung werden geprüft; über die eigene Formel Littens s. zum § 833.

b) Weiteres.

α. Heß, Märchen vom Kausalzusammenhange, dessen wesentlicher Inhalt sich aus dem Folgenden ergibt, bespricht Appelius, KrVSchr. **45** 103—111; er wirft Heß Verkennung des Wesens der Kausalität vor. Nach Appelius sind die Gesetze der Kausalität die gleichen, wenngleich, da regelmäßig ein Zusammenwirken von Ursachen den Erfolg herbeigeführt hat, allerdings die verschiedene Stellung der Forschenden es mit sich bringen kann, daß ein jeder eine andere Ursache, als die ihn interessierende bzw. besonders interessierende, herausgreift. Wir müssen im Gegensatz zu Heß für alle Erscheinungen Realität so in Anspruch nehmen, wie sie uns erscheinen. Andernfalls würde die Rechtspflege aufhören müssen; denn kein Volk kann sein Recht gründen auf Zweckmäßigkeitsbefinden und praktischem Geschmack. Im gesamten Bereich des Menschlichen muß das als objektiv wahr gelten, was dem Maße der Erkenntnis seiner Zeit entspricht. Es ist nicht wahr, daß der Jurist, wenn er einen Erfolg sieht, zunächst nach dem fragt, der daran schuld ist und in dieser Frage nur implicite nach dem ursächlichen Zusammenhange sucht. Umgekehrt kann sich erst aus der Feststellung des ursächlichen Zusammenhanges ergeben, ob eine Schuld jemandes vorliegt. Die Schuld besteht nicht ohne Kausalität; oder es kann Kausalität ohne Schuld sein. Für die Bestimmung des Kausalzusammenhanges ist der Zweck des Forschenden an sich ganz gleichgültig.

β. Jodl, Der Begriff des Zufalls, GS. **64** 417 ff.: Unvereinbar mit dem Gedanken der allgemeinen Gesetzmäßigkeit, dem Satze vom Grunde, ist der Begriff Zufall nur im Sinne des Nichtverursachten, des völlig Grundlosen, des schlechthin isolierten Faktums. Zufall in diesem Sinne gibt es nicht. — Welche Erfahrungen können nun dem Worte Zufall noch entsprechen, wenn das ursachlose Geschehen als erste Fiktion ausgeschlossen wird? (Einige Fälle aus dem

Leben 419/420.) Man spricht vielfach von „zufälligem Geschehen", obwohl auch dieses dem Kausalgesetz unterliegt. Jedes Gesetz ist aber nur eine Abstraktion, hebt bestimmte Regelmäßigkeiten des Geschehens heraus, enthält nichts von der Besonderheit des einzelnen Falles, gilt selbst nur hypothetisch und sagt nur aus: wenn die und die Bedingungen gegeben sind, so treten die und die Bewegungen und Veränderungen ein. Als Zufall kommt in Betracht: die bei der Größe der Welt und der Vielheit ihrer Teile ganz unausdenkliche Zahl der Situationen und Kombinationen, welche die geltenden Naturgesetze in Wirksamkeit bringen; dasjenige, was bestimmte Individuen oder Dinge an die Punkte des Raumes und der Zeit gelangen läßt, wo sie, nach Maßgabe der um sie her befindlichen Verhältnisse, bestimmten Gesetzmäßigkeiten unterliegen, oder selbst bestimmte Wirkungen ausüben können. Zwischen der Erkenntnis eines naturgesetzlichen Zusammenhanges und des gänzlich unvorhersehbaren Eintretens eines Ereignisses als Extremen liegen nun mannigfach abgestufte Grade der Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, die sich der Gewißheit nähern. Die Quelle ist die Erfahrung. Sie führt eine Einschränkung des relativen Zufalls herbei. Die juristische und ethische Normgebung hat die Tendenz, jeden Handelnden dazu anzuleiten, den Kreis des zufälligen Geschehens in bezug auf sein Tun möglichst eng zuziehen, — insbesondere für die Begriffe Gefährdung, Haftpflicht, Schadensersatz (Nachträgliche Prognose!) — Der Begriff des Zufalls hat sowohl objektive als auch subjektive Bedeutung. Notwendig ist auch das Zufällige, aber in anderer Weise als das Gesetzmäßige. —

γ. Über von Weinrich, ZVersWiss. **4** 93 ff. s. schon JDR. **2** Ziff. 3c.

5. Der Kausalzusammenhang in der Praxis. S. JDR. **2** zu § 249 Ziff. 4 u. RHG. § 1 zu II.

a) **RG.** JW. **04** 54 Nr. 5, R. **04** 136 Nr. 579: Zur Begründung eines ursächlichen Zusammenhanges ist es nicht notwendig, daß der Täter alle Kausalbedingungen vorausgesehen hat.

b) BG. Korbitz u. KG. Leitmeritz (österreich.), GellersZ. **22** 832 ff.: Der Begriff des Kausalnexus beschränkt sich nicht auf physische Einwirkungen der Außenwelt, sondern auch psychische Einwirkungen auf Personen fallen unter den Begriff der Verursachung. (Die Beklagten hatten die Frau eines anderen verleumdet, indem sie sie ihrem Manne gegenüber des Ehebruchs beschuldigten; sie stellten sich in der Nähe der Wohnungstür auf, um ihren Anschuldigungen den Schein der Wahrheit zu verleihen. Inzwischen ging der Ehemann in die Wohnung und erhängte sich. Der Anspruch der Witwe auf Schadensersatz wurde gebilligt, der Tod des Selbstmörders als durch die infolge der Handlungsweise der Verleumder hervorgerufene hochgradige seelische Erregung und Sinnesverwirrung herbeigeführt angesehen. Das Revisionsgericht bestätigte die Entscheidung.) —

6. Prozessuales.

a) Einstweilige Verfügung.

OLG. Königsberg, PosMSchr. **04** 131: Der Herstellungsanspruch aus §§ 249, 251 ist kein auf eine „Individualleistung" gerichteter Anspruch im Sinne des § 935 ZPO. Das Verlangen nach Erlaß einer einstweiligen Verfügung kann sich daher nur auf § 940 ZPO. gründen.

b) Teilurteil.

RG. ElsLothrJZ. **29** 649: Die Erlassung eines Teilurteils über den Schadensersatzanspruch eines (wegen Betrugs) Anfechtenden ist unzulässig, solange noch über Einwände des Gegners zu entscheiden ist, die von Einfluß sowohl für die Entscheidung, ob und welcher Schaden entstanden ist, als auch für die des Maßes der ungerechtfertigten Bereicherung sein können.

c) Zuständigkeit.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 271: Für die Klage auf Wiederherstellung durch Wasserstauung geschädigter Wiesen, die sich als ein Anspruch aus § 249 charakterisiert, sind nach § 111 des bad. Wassges. v. 26. 6. 1899 die bürgerlichen Gerichte auch auf dem Gebiete des Wasserrechts zuständig.

d) Beweislast.

*Franz Leonhard, Beweislast 341 ff.: Beweislast des Klägers dafür, daß der ursächliche Zusammenhang nicht unterbrochen ist (341 ff.).

7. Anwendungsfälle.

a) *Schmidt-Pasing: SeuffBl. **04** 357 ff., führt 363 ff. aus: Die Anwendung des Grundsatzes der Naturalrestitution ergibt hier, daß der Berechtigte lediglich die Wiederherstellung des Zustandes der Möglichkeit der Okkupation, so wie dieselbe vor dem widerrechtlichen Eingriffe des Wilderers bestand, fordern kann. (Die Fälle, in denen sie möglich ist: a. a. O. 367.) In allen anderen Fällen ist sie überhaupt nicht möglich. Ein Begehren des Berechtigten auf Herausgabe der Jagdbeute an ihn bedeutet ein im Gesetze nicht begründetes Plus. Auch besteht kein vernünftiger Grund dafür, daß der Jagdberechtigte wegen des Vergehens eines Dritten das Wild, das früher frei in seinem Reviere wechselte und für ihn ein ganz unsicheres Vermögensobjekt bildete, nunmehr auf einmal ins Haus geliefert erhalten sollte. — Außerdem erfährt die Möglichkeit der Naturalrestitution häufig eine weitere Minderung aus rechtlichen Gründen, da sie oft nicht ohne Verletzung der Aneignungsrechte dessen durchzuführen ist, der am Verwahrungsort oder auf dem Wege zum Jagdbezirk, in dem das Wildergut gewildert wurde, das Jagdausübungsrecht hat. — Über Entschädigung in Geld s. u. zu § 250.

b) KGBl. **04** 8/9 (KG.): Da unter Schaden jeder wirtschaftliche Nachteil zu verstehen ist, kann die Aussperrung eines Arbeiters aus einem Kreise von Betrieben einen Zustand herbeiführen, vermöge dessen seine wirtschaftliche Lage gegen diejenige vor der Aussperrung verschlechtert wurde. Dies ist aber nicht der Fall, wenn außerhalb des dem Arbeiter verschlossenen Kreises derart Arbeitsgelegenheit vorhanden ist, daß er vermöge derselben in seinem Fache eine Tätigkeit, die der Arbeit innerhalb des Ringes gleichlohnt, ohne Verzug zu finden imstande ist. (Daher wird der Schaden verneint in einem Falle der Aussperrung aus der Berliner Tischlerinnung durch Veröffentlichung in der Fachzeitung, weil außerhalb des Ringes in Berlin eine ausreichende Anzahl von Tischlereibetrieben für den Gesellen gleichlohnende Arbeit bietet und selbst die Berliner Innung ihm nicht völlig verschlossen ist, da ihr nur höchstens 95 % angehören, ihm außerdem der Arbeitsmarkt der Vororte offensteht. — Bezüglich des fehlenden Entlassungsscheins, den der Ausgesperrte nicht beibringen kann, fehlt es an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Veröffentlichung und dem genannten Nachteil.) —

⇒ Diese offenbar zu enge und die wirtschaftlichen Gesichtspunkte zurücksetzende Würdigung wird nach der wichtigen **RG.**-Entscheidung **57** 419 ff. (s. u. zu § 826) nicht mehr aufrechtzuerhalten sein. Es heißt dort im Falle eines durch den „Verband Berliner Metallindustrieller" ausgesperrten Arbeiters (425): „Die unmittelbare Wirkung dieser Einrichtung erstreckt sich auf etwa neun Zehntel aller in Berlin und Umgegend bestehenden Etablissements der Berliner Metallindustrie. Mittelbar aber greift sie noch viel weiter. Einmal hat die Versagung oder Entziehung des Ausweisscheins auch die Wirkung, daß es für den davon betroffenen Arbeiter sehr schwierig und oft unmöglich ist, bei einer der — sechs — nicht zum Verbande gehörigen Fabriken von Berlin und Umgegend Arbeit zu finden, weil auch sie Rücksicht auf den Verband nehmen. Und weiter wird der gemaßregelte Arbeiter vermöge der Beziehungen, die der

Berliner Verband zu dem Gesamtverbande deutscher Metallindustrieller unterhält, auch bei keiner auswärtigen, zu diesem Verbande gehörigen Fabrik angenommen. Die Verhängung der Arbeitssperre hat hiernach für die Dauer ihres Bestandes Folgen, die der vollständigen Ausschließung des betreffenden Arbeiters von der Beschäftigung in einem größeren Betriebe der Metallbranche nahe kommen." — Ähnliche Gesichtspunkte treffen fast überall in den Fällen von Aussperrungen durch größere industrielle Verbände zu. Die Beantwortung der Frage, ob ein „Schaden", ein wirtschaftlicher Nachteil entstehe, kann unmöglich davon abhängig gemacht werden, ob der Arbeiter vielleicht noch in dem oder jenem Betriebe unterkommen kann. Es ist sicher, daß seine Verdienst-, seine Beschäftigungs-Chance durch die Aussperrung verschlechtert wird, und schon das ist „Schaden". — Red. ←

c) **RG. 58** 356/7, JW. **04** 482 Nr. 3, R. **04** 574 Nr. 2451 enthält einen Fall von Anwendung der §§ 249, 826 im Sinne des exceptio doli generalis (Mißbrauch der Vertretungsmacht durch einen Gesellschafter zu eigenem Vorteile und Schaden des anderen Gesellschafters mit Kenntnis des Darlehensgebenden).

d) OLG. FischersZ. **27** 127 (Dresden): Das gegen eine Gemeinde gerichtete Klagverlangen auf Ausgrabung einer auf dem Grundstück des Klägers gefundenen und auf Anordnung des Vorstandes daselbst beerdigten Leiche eines Ermordeten und Wiederherstellung des früheren Zustandes seines Grundstücks ist die Geltendmachung der Wiederherstellung des vorigen Zustandes, die nächste und ursprünglichste Form des Schadensersatzes. Der Rechtsweg ist zulässig. — (S. a. § 7 Ziff. 3 des sächs. AG.)

§ 250. *Schmidt-Pasing, SeuffBl. **04** 366 — s. o. zu § 249 Ziff. 7 a —: Wenn, was bei den vielfachen Einschränkungen des Anspruchs auf Naturalrestitution die Regel sein wird (s. o. a. a. O.), dem Wilderer gegenüber auf seiten des Jagdberechtigten die Voraussetzungen des § 251 oder § 250 vorliegen, hat der Ersatzpflichtige den Berechtigten in Geld zu entschädigen. Diese Entschädigung ist nicht immer gleichbedeutend mit dem Geldwert des Wilderguts; dieser bildet vielmehr, da die immateriellen Werte nicht in Anrechnung gebracht werden können, die Maximalgrenze.

§ 251. Abs. 1. 1. Boethke, GruchotsBeitr. **48** 427/8, führt gegen Litten, Wahlschuld (111/2) — s. JDR. **2** §§ 262 ff. — aus: Nicht die Herstellung des früheren Zustandes bildet den Inhalt der Verpflichtung des Beschädigers, sondern zum Schadensersatz ist er verpflichtet. Die §§ 249 ff. normieren nur die Art, wie der Schadensersatz zu erfolgen habe. Dadurch aber, daß die Herstellung des früheren Zustandes hinterher unmöglich wird, sich also die Art des Schadensersatzes als untunlich erweist, wird die Pflicht zum Schadensersatze nicht alteriert und dieser nicht unmöglich. Er muß dann in Geld erfolgen.

2. *Schmidt-Pasing, SeuffBl. **04** 363 ff., 366: Die Geldentschädigung, welche der Jagdeigentümer von dem Wilderer als Schadensersatz fordern kann, ist regelmäßig geringer als der Wert der gewilderten Tiere. Vgl. oben zu § 249 und unten zu EGBGB. Art. 69.

3. **RG.** JW. **04** 140 Nr. 5, R. **04** 221 Nr. 1021. Anwendung der §§ 249, 251 auf ein beschädigtes, restauriertes Bild. — Ersatz der Wertsdifferenz.

4. Sellner, Zur Behandlung sogenannter Eventualanträge, SeuffBl. **04** 496 — s. auch unten zu § 280 Ziff. 1 —: Möglichkeit der Verbindung, da bei Unmöglichkeit der Zustandsherstellung schlechthin Geldersatz zu leisten ist.

§ 252. 1. Allgemeines.

a) LG. Frankenthal, PfälzRpr. **1** 6: Durch § 252 sollte der Umfang des entgangenen Gewinns nicht eingeschränkt, sondern die Beweislast des Ersatzberechtigten erleichtert werden. (Anwendung des § 252 auf einen Fall verletzten Aneignungsrechts und des § 833, Tötung einer trächtigen Häsin und Berücksichtigung ihrer eventuellen künftigen Jungen.)

b) *W. Stintzing, Vorteilsanrechnung 45 ff.: Ersparte Aufwendungen. Der Gläubiger muß sich natürlich von dem Ersatz für entgangenen Nutzen den Wert der Aufwendungen abziehen lassen, die er zur Erlangung des Nutzens machen mußte; z. B. die Kosten, die er selbst zur Fütterung der Tiere hätte aufwenden müssen. Denn nur wenn er das Tier unterhielt, konnte er es nutzen. Dagegen kann nicht der säumige Schuldner die Kosten seiner Fütterung liquidieren; sonst könnte es ja dahin kommen, daß der Gläubiger dem säumigen Schuldner schließlich noch draufzahlen muß. Es liegt also Abzug des Wertes der Aufwendungen, die der Gläubiger hätte machen müssen, vom Betrag entgangenen Gewinns, also eher eine compensatio „damni" cum lucro, nicht eine compensatio lucri cum damno vor (l. 30 § 1 D. 21, 1).

2. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. Vgl. JDR. **1** zu § 252 Ziff. 2, **2** Ziff. 4.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 173: Wird von einem Beauftragten, der einen Versicherungsantrag nicht weitergegeben hat, nach §§ 662, 276 beim Eintreten des Schadensfalls Ersatz der Versicherungssumme verlangt, so wird nicht der Ersatz entgangenen Gewinns, sondern positiver Vermögensschaden gefordert. Wenn der Kläger auf Grund der Versicherung Ersatz erhalten hätte, dann hätte er keinen Gewinn gemacht, den er mit der Versicherung auch nicht machen wollte, sondern teilweisen Ersatz für eine erlittene Vermögenseinbuße erlangt.

b) KG., R. **04** 600 Nr. 2589: Als entgangener Gewinn im Sinne des § 252 kann die einem Schadensersatzberechtigten durch Kurssteigerung eines Spekulationspapiers entgangene Kursdifferenz regelmäßig nicht angesehen werden. Spekulationspapiere sind starken und unvorhergesehenen Kursschwankungen unterworfen. Bei einer Börsenspekulation sind alle Faktoren der Wahrscheinlichkeitsrechnung durchaus unsichere; es ist schlechterdings nicht voraussehbar, welchen Kurs in einer gewissen, selbst nahe liegenden Zukunft ein derartiges Spekulationspapier, und sei es selbst alsbald nach Bekanntwerden einer günstigen Dividende, haben wird, die Möglichkeit sowohl rapiden Steigens als auch rapiden Fallens muß stets in Rechnung gezogen werden. Von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der einen oder der anderen Wendung als der nach dem „gewöhnlichen" Laufe der Dinge vorliegenden kann hiernach niemals bei Börsenspekulationen gesprochen werden. — Darüber, daß eine Gewinnchance als solche nicht als entgangener Gewinn gewertet wird, s. auch JDR. **2** zu § 252 Ziff. 2c.

c) SächsOLG. **26** 149 rechnet zum entgangenen Gewinn in einem Falle des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung auch den dadurch erwachsenen Schaden, daß der Berechtigte im Vorprozesse dem Sachverständigen Maschinen und Arbeitskräfte zur Verfügung stellen mußte und nicht für ihre eigenen Erwerbszwecke nutzbringend gebrauchen konnte. „Denn der letzte Grund dieses Schadens ist die schuldhafte Vertragsverletzung seitens der Beklagten, die nach einander das Wandelungsverlangen der Klägerin, den Prozeß und die Beweiserhebung veranlaßt hat."

d) OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 53: Tatsächliche Würdigung zwecks Abschätzung eines wahrscheinlich für einen am Arme gelähmten Schutzmann sich ergebenden Schadens: bei vier Dienstjahren lag ferner noch die Erlangung

einer Polizeikommissär- oder Wachtmeisterstelle in zu weiter Ferne, wohl aber darf damit gerechnet werden, daß er mit der Zeit die Stelle eines Kriminalschutzmanns oder Polizeisergeanten und die damit verbundenen Funktionszulagen hätte erlangen können. Als Schutzmann hätte er auch bei seinen Vernehmungen als Zeuge an auswärtigen Gerichten Ersparnisse an den Tagegebühren gemacht. Während der dienstfreien Zeit hätte er auch durch Hantierungen in der Haushaltung manche Auslage erspart, die jetzt bei dem gelähmten Arme gemacht werden muß. Auch ist er infolge der Lähmung überhaupt in der freien Wahl und Annahme einer einträglicheren Berufsstellung beschränkt worden. (Zubilligung einer Jahresrente von 300 M.)

§ 253. *Kähler 52 — s. o. zu § 249 Ziff. 3 e —: § 253 gilt nicht für die durch Ehrenminderung (Strafvollstreckung) verursachten Erwerbsschäden.

§ 254. 1. Über die Anwendung des § 254.

a) **RG.** R. **04** 601 Nr. 2590: § 254 bezieht sich auf alle Schuldverhältnisse und insbesondere auf jedes obligationswidrige Tun und Unterlassen, aus welchem sich eine Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz ergibt.

b) **RG. 57** 89/90: Der § 254 ist für sich allein und bei direkter Anwendung nicht geeignet, andere gesetzliche Bestimmungen, wodurch die Haftung des wegen eines Schadens in Anspruch Genommenen begründet wird, zu ersetzen; er setzt (außer dem Vorliegen eines eigenen Verschuldens) die Anwendbarkeit einer sonstigen gesetzlichen Vorschrift voraus, aus welcher sich die Ersatzpflicht dieses anderen ergibt oder ergeben würde. — Auch eine analoge Anwendung des § 254 ist in den Fällen des § 122 dann ausgeschlossen, wenn nach Abs. 2 das. die in Abs. 1 festgesetzte Ersatzpflicht des Erklärenden überhaupt nicht eintritt. — S. auch o. zu § 122 Ziff. 2.

c) **RG. 56** 381: Die Rechtsgrundsätze der §§ 278, 254 sind allgemein für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes zur Geltung gebracht worden und finden auch auf die nach Art. 184 EGBGB. bestehen bleibenden dinglichen Rechte Anwendung, was das Maß, in welchem der Eigentümer bei Vorgängen, die objektiv eine Verletzung des dinglichen Rechtes darstellen, für das Tun und Lassen Dritter einzustehen hat und die Folgen, die sich für seine Haftung aus einem konkurrierenden Verschulden des Berechtigten selbst ergeben, anbelangt. Andernfalls würde bei der „Dauerhaftigkeit" der in Rede stehenden Rechte bezüglich einer wichtigen und auch der Zahl nach bedeutenden Gruppe von Rechten eine Abweichung von dem sonst geltenden Rechte in betreff ganz allgemeiner und prinzipieller Rechtsgrundsätze auf unabsehbare Zeit geschaffen worden sein.

d) **RG. 56** 157 läßt die analoge Anwendung des § 831 auf § 254 dahingestellt.

e) *Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf (114 ff.): Die Bestimmungen der §§ 460, 463, 464, 489, HGB. § 377 behandeln Spezialfragen der Kulpakompensation und werden ergänzt durch § 254.

2. Verschuldung und Verursachung. S. IDR. **2** zu § 254 Ziff. 6.

*Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters, 101 ff.: a) Das Verschulden muß sich auch auf den Schaden beziehen. Das ergibt die Wortfassung des Abs. 1, vor allem aber die Erwägung, daß im Abs. 2 der Schuldner sogar die eventl. ungewöhnliche Höhe des Schadens in Betracht nehmen soll. Erst recht muß daher das Verschulden den Anfangserfolg, d. h. den ersten Einschlag in die fremde Rechtssphäre umfassen; ein bloßes versari in re illicita genügt prinzipiell keinesfalls.

b) Wir haben kein Recht, den Ausdruck „Verschulden" hier einfach in „Verursachung" umzudeuten, wiewohl zuzugeben ist, daß letztlich nicht die ethische Wirkung des beiderseitigen Verhaltens, sondern die „vorwiegende Verursachung"

ausschlaggebend ist. Hingegen wäre eine analoge Fortbildung des § 254 unter sinngemäßer Verwertung des § 829 BGB. empfehlenswert.

3. Mitwirkendes Verschulden der Geschäftsunfähigen. Vgl. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 6 b.

a) Die Ansicht des **RG. 54** 410/411, JW. **03** Beil. 122 — s. JDR. **2** a. a. O. — bekämpft *Pfizer, DJZ. **04** 713 ff.: Wenn eine geschäftsunfähige Person die eigene Schädigung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat, fällt ihr ein „eigenes Verschulden" i. S. des § 254 BGB. zur Last. Daß § 828 (wie **RG. 54** Nr. 104 meint) die Möglichkeit eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns solcher Personen verneine, ist unzutreffend: § 828 verneint nur die Verantwortlichkeit solcher Personen für den Schaden, den sie vorsätzlich oder fahrlässig Dritten zugefügt haben, also deren Deliktsfähigkeit; diese kommt aber bei einem Schaden, den solche Personen sich selbst zugezogen haben, nicht in Frage. Daß Kinder und Geisteskranke vorsätzlich handeln können, unterliegt keinem Zweifel (ein sechsjähriger Knabe wirft aus Zorn dem Nachbar die Fenster ein, ein Geisteskranker tötet in religiösem Irrwahn einen andern); ebenso können sie fahrlässig handeln, d. h. die im Verkehr — nach objektivem Maßstab — erforderliche Sorgfalt außer acht lassen. Eine analoge Anwendung der §§ 827, 828 auf die Fälle, da ein Geschäftsunfähiger einen Schaden für sich selbst herbeiführt, ist nicht begründet, vielmehr spricht dafür, daß in solchen Fällen § 254 BGB. anwendbar ist, die Bestimmung des § 829 BGB.

Der gleichen Ansicht ist OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 273/4. Es schließt sich der Auffassung an, daß es sich im § 254 um einen weiteren, nichttechnischen Begriff des Verschuldens handelt, um „ein Verhalten, das bei zurechnungsfähigen Personen Verschulden wäre", um „Mitverursachung". Dies rechtfertigt sich insbesondere durch den § 829; es muß angesichts dieser Bestimmung um so gewisser möglich sein, einen Ersatzanspruch des Jugendlichen zu kürzen oder zu beseitigen, wenn der ihm zugefügte Schaden von ihm mitverursacht oder vorzugsweise verursacht ist.

b) Entgegengesetzter Ansicht: OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 344 ff. Bei einem noch nicht sieben Jahre alten Kinde ist eigenes Verschulden ausgeschlossen. Verneinung der „höheren Gewalt" bei einem Unfalle, wo Knaben neben einem langsam eine Stadt durchfahrenden Straßenbahn-Güterzug herlaufen und auf dessen offene, leere Wagen aufzuspringen versuchen: gefährdende Natur des Betriebs.

LG. Gießen, HessRspr. **5** 132 ff.: Bei einem fünfjährigen Kinde kann nach § 828 von der Anwendung des § 254 nicht die Rede sein, da die deliktische Handlungsfähigkeit fehlt. S. auch **RG.** GruchotsBeitr. **48** 812.

c) S. auch JDR. **3** RHG. § 1 VI Ziff. 13.

4. Beschädigter, Verletzter. Vgl. darüber JDR. **2** zu § 254 Ziff. 5.

A. a. O. 59 bemerkt Hellwig: Der Anspruch des Vaters wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß den Sohn der Vorwurf eines solchen eigenen Verschuldens trifft, das seinen Anspruch aufhebt oder mindert. (Analog ist die Sachlage, wenn der Sohn im Duell verwundet wird. Durch dessen konkurrierendes Verschulden wird der Anspruch des Gewalthabers wegen der ihm selbst zugefügten Schädigung nicht berührt.) In Frage kann nur kommen, ob nicht den Vater selbst der Vorwurf eigenen Verschuldens (wegen ungenügender Beaufsichtigung) trifft. Aus diesem Grunde kann der § 254 zur Anwendung kommen.

BayrOLG., SeuffBl. **04** 189: Der Beschädiger darf, soweit er sich auf das eigene Verschulden des Verletzten berufen kann, auch dem Schadensersatzanspruche der Hinterbliebenen gegenüber diesen Einwand vorbringen.

5. Abs. 2.

a) OLG. 8 34, R. 04 103 Nr. 433 (Hamburg): Abs. 2 findet auch Anwendung, wenn der Umfang des Schadens durch einen Mangel an Sorgfalt auf seiten des Beschädigten beeinflußt worden ist. (Pflicht, ein unheilbares und für den Gewerbebetrieb unverwendbar gewordenes Pferd zu verwerten, auch wenn der Schädiger die Abnahme des Pferdes gegen Wertsersatz ablehnt und es als Beweismittel für den Ersatzberechtigten in Betracht kommt.)

b) OLG. 9 281/2, R. 04 575 Nr. 2452 (Dresden): Abs. 2 findet dann keine Anwendung, wenn es sich um einen ohne Verschulden des Gläubigers bereits eingetretenen Schaden handelt. Dagegen kann ein Verschulden des Beschädigten auch darin bestehen, daß er verabsäumt hat, den schon entstandenen Schaden aufzuheben oder einzuschränken.

6. Verhältnis des § 278 zu § 254 Abs. 2 Satz 2. Vgl. JDR. 2 zu § 254 Ziff. 9.

a) J. U. Schroeder, AzivPr. 95 298—314, untersucht zunächst das Anwendungsgebiet des § 278, indem er die Ansichten Endemanns und Schollmeyers (300), Plancks (301), Cosacks (303) und des RG. 54 Nr. 103, 104 (303) erörtert, und stellt die Frage: Kommt der Verweisung nur die beschränkte Bedeutung ihrer Anwendung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet zu, oder ist (Planck!) in der Bezugnahme die Aufstellung eines selbständigen Rechtsgrundsatzes zu erblicken? (305). —

Da das Gesetz „entsprechende" Anwendung vorschreibt, so müßte nach der restriktiven Lehre (Endemann) der Ausdruck als überflüssig erscheinen, weil § 278 nach Endemann selbst lediglich auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zielt (306/7). Weiter wäre, wenn Endemann recht hätte, eine „entsprechende" Anwendung nicht möglich, da mit ihm nicht eine Ähnlichkeit, sondern eine Gleichheit der Vorschriften gefunden werden kann (307/308). — Schroeder dagegen behauptet (308 ff.) eine Wesensähnlichkeit der äußerlich scheinbar entgegengesetzten Personenrollen aus §§ 254 und 278. In dem Einwande des Ersatzpflichtigen aus § 254, der Gläubiger solle seinerseits sich seines Anspruchs enthalten, da ihn ein Verschulden treffe, hat der bisherige Gläubiger die Rolle eines Schuldners, ähnlich wie die Rechtslage des § 278 (309). — Die Anwendung der Regel auf die gesetzlichen Vertreter bietet keine Schwierigkeit; diejenige auf die Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, ergibt folgendes: betraut der Beschädigte mit der Abwendung eines Schadens andere, so hat er für das Verschulden dieser zur Wahrnahme seiner Interessen zugezogenen Personen wie für eigenes einzustehen (310).

Der rechtspolitische Grund für die Verweisung (312 ff.) liegt in der Aufnahme des § 829. Während der schadenstiftende Unzurechnungsfähige u. U. nach § 829 subsidiär hinter dem Aufsichtspflichtigen haftet, könnte ohne bestimmte Regelung seine mitwirkende Handlung nicht berücksichtigt werden. — Ferner aber ist es nur angemessen, daß, wie zunächst den Aufsichtspflichtigen wegen seines eigenen Verschuldens in der Beaufsichtigung der Schaden trifft, das auch in der Lehre vom konkurrierenden Verschulden der Fall ist. Dies ist dadurch erreicht, daß dem Ersatzpflichtigen gemäß § 254 der Nachweis freigestellt ist, daß die zur Aufsicht κατ' ἐξοχήν berufene Person, den gesetzlichen Vertreter, ein Verschulden treffe (313).

Auf diesem Wege läßt sich auch erreichen, daß die unter besonders großen Betriebsgefahren arbeitenden Institute, z. B. die elektrischen Straßenbahnunternehmungen, wie auch die Tierhalter nicht jederzeit mehr Schadensersatzansprüche unbeaufsichtigter Personen zu befürchten brauchen, deren Erkenntnisfähigkeit noch

nicht völlig ausgebildet ist, während dem normalen Menschen wegen seiner eigenen Unaufmerksamkeit mit Recht der Schadensersatzanspruch beschnitten werden kann.

b) Josef, Die Vereinigung von Ärzten zur Berufsausübung, — s. unten zu § 705 — Gruchots Beitr. **48** 266 Anm. 3: Muß der Kranke das Verschulden des Arztes wie sein eigenes gelten lassen? Geht der Verunglückte seines Anspruchs gegen den Urheber des Unfalls oder die Versicherungsgesellschaft verlustig, wenn der zugezogene Arzt die zur Heilung erforderlichen Mittel anzuwenden verabsäumt? (§§ 278, 254 Abs. 2). Josef verneint es gegen Planck (Anm. 4 zu § 254), auch Cohn, Gruchots Beitr. **43** 125.

7. Feststellung im Prozesse.

RG. JW. **04** 448 Nr. 2: Die Feststellung des mitwirkenden Verschuldens ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu treffen, da erst mit derselben die Haftung des Schädigenden endgültig festgestellt werden kann. Es läßt sich auch nicht ohne die Feststellung des Verschuldens selbst dessen Tragweite ermessen. Die Entscheidungen (VI 14. u. 28. 4. 04, Rep. VI 304/03 u. 573/03) nehmen sogar an, daß die Feststellung des Verhältnisses zwischen dem beiderseitigen Verschulden in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs zahlenmäßig zu erfolgen habe und, soweit eine Haftung verneint werde, die Klage abzuweisen sei. — Vgl. ferner a. a. O. 211 Nr. 25.

Ebenso **RG.** VI 16. 6. 04, a. a. O. Nr. 3, wo das RG. die Haftpflicht „im Umfange von zwei Dritteilen des geltend gemachten Schadens" ausspricht und „zu einem Drittel" den Schaden dem Kläger auferlegt (unterlassene Anbringung von Sicherheitslaternen, Unverwahrtlassen eines Grabens an dem Hauptausgange eines Hotels). — Zustimmend auch OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 195, SächsOLG. **26** 269—270, bestätigt vom **RG.** ebenda 272/3. In gleichem Sinne ferner **RG.** Gruchots Beitr. **48** 593.

8. Verhältnis des § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes zum § 254. — S. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10 u. JDR. **3** RHG. § 1 VII.

a) *v. Königslöw, Unzulässigkeit der Schadensteilung 2c. (Berlin 1905): § 254 Abs. 1 findet keine Anwendung bei Haftpflichtansprüchen auf Grund des RHaftpflG., da trotz umfassender Neuredaktion des RHaftpflG. die §§ 1 und 2 unverändert blieben und die in der II. Kommission geltend gemachten Bedenken nicht nur den Abs. 2 des § 254 BGB. betrafen, wie das **RG. 53** 76 ff., meint, sondern auch den Abs. 1 dieses Paragraphen.

b) **RG. 56** 154 ff., EisenbE. **20** 263, § 1 HaftpflG.: § 254 greift bezüglich des § 1 RHaftpflG. schon dann ein, wenn die Ursächlichkeit der allgemeinen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs einerseits und eines eigenen Verschuldens des Verletzten andererseits gegeneinander abgewogen werden müssen, so daß insbesondere bei nur sehr geringem Verschulden des Verletzten diesem (bzw. seinen Hinterbliebenen) wenigstens ein Teil des Schadensersatzes zugesprochen werden muß, auch wenn gar kein Verschulden auf der anderen Seite im Spiele war. Die Ursächlichkeit der Betriebsgefahr im Verhältnisse zu derjenigen des eigenen Verschuldens des Verletzten erscheint ferner als gesteigert, wenn dabei auch noch ein schuldvolles Verhalten des Kutschers als ein Element jener Gefahr in Betracht zu ziehen ist. (Konkurrierendes Verschulden eines Straßenbahnkutschers und eines fahrlässigen Straßengängers: Der Straßenbahnbetrieb ist nicht so wichtig, daß ihm die körperliche Integrität von Menschen zum Opfer gebracht werden dürfte, wenn diese sich auch leichtsinnig oder mutwillig benehmen.)

RG. Gruchots Beitr. **48** 917, JW. **04** 406 Nr. 8: Anwendung des § 254 auf § 1 RHaftpflG. Das eigene Verschulden des Verletzten kann nur als mitwirkende Ursache, u. U. als die vorwiegende, nicht als die alleinige in Betracht kommen. Ebenso hält **RG.** EisenbE. **20** 150 an der ständigen Rechtsprechung fest.

9. Verhältnis des § 833 zum § 254. Vgl. JDR. 2 zu § 254 Ziff. 11.

a) RG. JW. **04** 57 Nr. 10, R. **04** 136 Nr. 581: § 254 ist auch auf den § 833 anwendbar (Mitverschulden eines Tierarztes beim Koupieren von Fohlen außerhalb eines vorhandenen Notstalles). — S. ferner RG. Gruchots Beitr. **48** 929 (tatsächliche Würdigung).

b) RG. JW. **04** 356 Nr. 6, R. **04** 445 Nr. 1770: § 254 in Anwendung auf den § 833. Kein Verschulden des Verletzten, der in Erfüllung einer ethischen oder sittlichen Pflicht zum Schutze anderer, zur Abwendung einer gemeinen Gefahr sich einem scheu gewordenen Ochsen mit ausgebreiteten Armen entgegenstellt.

c) NaumbAK. **04** 53 (LG. Stendal): Beim Verursachen eines Schadens durch mehrere Tiere sind die sämtlichen Tierhalter verantwortlich zu machen.

d) Die JDR. **1** zu § 254 Ziff. 4 Abs. 2 mitgeteilte Entscheidung des RG. **51** 275 ff., JW. **02** Beil. 234 findet sich jetzt auch SeuffA. **59** 56 ff.

10. Einzelfälle. Aus der Rechtsprechung. Vgl. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12a.

a) Zum § 1 RHG.

α. Straßenbahnunfälle.

RG. JW. **04** 287/8 Nr. 7: Nicht immer und unbedingt handelt derjenige, der sich bewußterweise einer Gefahr aussetzt, hierdurch schuldhaft unvorsichtig; nach Umständen kann solches Handeln geboten oder doch entschuldbar sein. (Gewagtes Vorwärtsfahren im Interesse der eigenen Person und des anvertrauten Fuhrwerkes sowie des ungehinderten Verkehrs als „Zwangslage".)

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 181 ff.: Abweisung der Klage. — Die Vorsicht der Passanten braucht sich räumlich nur auf das Gleise und seine nächste Umgebung zu richten. Ein jeder, der ihm gefährlich nahe ist oder es überschreitet, muß sich durch Umschau vergewissern, daß kein gefahrdrohender elektrischer Wagen herankommt, und zwar durch Umschau nach beiden Seiten, weil die Möglichkeit besteht, daß aus besonderen Gründen im einzelnen Falle ein Wagen die linke Straßenseite entlang fährt. Dies gilt für die Abendstunden in gleicher Weise wie für die Tageszeit. Gleichgültig ist persönliche Inanspruchnahme des Verletzten durch Umstände, wie In-Gedanken- oder In-Gespräche-Vertieftsein, die Absicht, einen Brief auf der entgegengesetzten Seite in den Kasten zu stecken usw. Unerheblich ist auch, daß die Geleise dem Rande des Trottoirs sehr nahe sind, weil dies nur für die Trottoir-Gänger in Betracht kommt. — S. dazu RG. SeuffA. **59** 224 ff., wo das ursprünglich gleichfalls klagabweisende Urteil wegen Nichtbeachtung des § 254 aufgehoben wird und teilweise abweichende Gesichtspunkte hervorgehoben werden. (Daß die Verletzte Briefschaften aus einer Seitenstraße heraus rasch an den auf der anderen Seite angebrachten Briefkasten heranbringen wollte, daß schon abendliches Dunkel herrschte, daß sie wohl kaum auf einen an der linken Seite fahrenden Motorwagen gefaßt zu sein brauchte, daß die Straße sehr eng war und von jeder Seite eine Seitenstraße mündete.)

RG. EisenbE. **20** 150. — Konnte der Verletzte nach den bestehenden Vorschriften oder nach der Übung erwarten, daß ein Warnungssignal mit der Glocke erfolge, und ein herankommender Wagen langsam anlaufe, und ist beides nicht geschehen, so kann dadurch die vom Schädiger zu vertretende Betriebsgefahr derart erhöht worden sein, daß es nicht mehr angemessen erscheint, ihn von aller Ersatzpflicht freizusprechen.

RG. Gruchots Beitr. **48** 919. (S. a. o. Ziff. 8 Abs. 3.) Der Verletzte stellte sich, obwohl er den Wagenführer ersucht hatte, zu halten oder langsam zu fahren, trotzdem zum Abspringen bereit, mit dem Gesicht nach der Straße zu, an den offenen Ausstieg. Aber selbst in dem Betreten des Trittbretts,

um den geeigneten Moment zum Absteigen abzuwarten, wäre nach den Umständen noch kein die Verantwortlichkeit der Bahn ausschließendes Verschulden zu erblicken, da noch immer ein festes Anhalten an der Schutzstange möglich ist. (Möglichkeit, daß er den Halt verloren oder herabgeschleudert wurde; Aufhebung und Zurückverweisung.)

RG. SeuffBl. **04** 308 ff. Der Verletzte war in dem Gleis oder unmittelbar neben ihm gegangen und wurde von dem hinter ihm herfahrenden Wagen im Rücken gestoßen, umgeworfen und ein Stück geschleift. Eigenes Verschulden des Verletzten als mitwirkende Ursache. Auf der anderen Seite Momente, die die Betriebsgefahr erhöhen oder mindern: Stärke des Windes, die den Verletzten das Läuten des Fahrers überhören lassen konnte, Nichtfunktionieren der Bremsvorrichtung, Frage, ob nicht stärkere Bremsart anzuwenden war. (Aufhebung des abweisenden Urteils und Zurückweisung in die 2. Instanz.)

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 221/2. Zusammenstoß zwischen einem Kutsch- und einem Motorwagen, beiderseitiges Verschulden; das des Kutschers wurde in folgenden Momenten gefunden: daß er bei Annäherung an die Straßenkreuzung und die Geleise der Straßenbahn seine Fahrgeschwindigkeit nicht ermäßigt und die Gangart nicht verkürzt hat, daß er nicht Umschau hielt, sein Wagen nur mit einer einzigen Laterne versehen war, die nur einseitig nach rechts hin leuchtete. Verteilung nach Hälften.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 257/8. Tötung des Verletzten. Eigenes Verschulden des Verletzten: sorgloses Stehen auf dem Fahrdamm in fremder Stadt. Mitverschulden des Wagenführers: Zurückschauen, schlechte Beschaffenheit der Handbremse und Unterlassung sofortigen, energischen Bremsens. Ersatzpflicht der Straßenbahn-Gesellschaft in Höhe eines Drittels.

RG. GruchotsBeitr. **48** 874 ff., JW. **04** 287 Nr. 6. Wer hinter einem Motorwagen weg nach dem Nachbargleise geht und dieses betritt, ohne sich durch vorsichtiges Umsehen überzeugt zu haben, daß auf dem zu betretenden Geleise nicht ein Wagen heranfährt, handelt fahrlässig; er muß hinter jenem Wagen stehen bleiben, bis der Ausblick auf das Nachbargeleise frei wird: daher § 254. Als ein die Betriebsgefahr erhöhendes Verschulden kommt auf der anderen Seite ein etwa mitwirkendes Verschulden des Wagenführers in Betracht: dieser muß, wenn er vor sich jemanden in unmittelbar drohender Gefahr sieht, sofort Anstalten zum Halten machen, ohne erst die Wirkung eines Anrufs abzuwarten, da es dann mit dem Bremsen zu spät sein kann, der Angerufene den Anruf auch oft überhört oder darüber erschrickt. (Klaganspruch in Höhe von einem Dritteil zuerkannt.) S. a. RHG. § 1 VII 5 u. VI 7.

RG. DJZ. **04** 459 Nr. 40. Im städtischen Straßenverkehr darf der einzelne seine Gedanken durch ein gewöhnliches, eben abgebrochenes Gespräch und die Absicht, auf die andere Straße zu gelangen, nicht so fesseln lassen, daß er die aus dem Queren der Straße entspringende Gefahr ganz außer acht läßt. Ein Seitwärtssehen ist auch ohne Abbrechen des bisherigen Gedankenganges möglich. Auf der anderen Seite bildet die große Nähe des Geleises und Bürgersteigs und die Unterlassung häufigerer Glockensignale ein Gefahrmoment: daher Teilung zur Hälfte. S. a. RHG. § 1 VII 4c.

OLG. Köln, RheinA. **04** 3 ff. Abweisung der Klage wegen eigenen Verschuldens. Kläger ist ohne Veranlassung und, ohne sich vorher umzusehen, vom Bürgersteig in das Gleise heruntergetreten. Keine Schuld trifft den im Vollbesitz eines zuverlässigen Gehörs Befindlichen, der so handelt wie Kläger, da jeder voraussetzen darf, daß sich das Herannahen eines Straßenbahnwagens durch deutlich wahrnehmbares Geräusch, insbesondere durch Geläute, zeitig ankündigt. Fehlt ihm aber ein derartiges Gehör, so handelt er grobfahrlässig, wenn er

vor dem Betreten des Gleises sich nicht umsieht und durch seine Augen das feststellt, was ihm seine Schwerhörigkeit wahrzunehmen versagt, um so mehr, wenn er sich sagen muß, daß in jedem Augenblick hinter ihm her eine Straßenbahn gerade in dem betr. — rechten — Gleise anfahren konnte.

RG. JW. **03** Beil. 101, EisenbE. **19** 173 — JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a, vorl. Abs. — s. jetzt auch SächsA. **14** 81 ff. Verletzung eines zwölfjährigen Knaben, der zwischen den Gleisen spielte und in einen Motorwagen hineinlief. Abweisung der Klage wegen überwiegenden Verschuldens des Knaben.

RG. JW. **04** 88 Nr. 4, EisenbE. **20** 333, R. **04** 192 Nr. 882: Verletzung durch herabhängende, elektrisch geladene Drähte.

β. Eisenbahnunfälle.

RG. GruchotsBeitr. **48** 877 ff., JW. **04** 232/3: Tötung bei vorschriftswidrigem Betreten des Eisenbahnplanums. — Die Nichtkenntnis oder falsche Auffassung der Vorschrift, die das Betreten verbietet, entlastet den Getöteten noch nicht; die Kenntnis der Polizeiverordnungen muß jeder, den sie angehen, sich aneignen. Anders aber liegt es, wenn die Vorschriften in der Praxis durch die Organe der Eisenbahnverwaltung selbst nicht gehandhabt werden. — Dagegen liegt ein mitwirkendes Verschulden darin, daß der Getötete den sicheren Laufsteig verließ und sich nach den Geleisen zu bewegte, um das ihm entfallene Bandmaß wieder aufzuheben. Von einem Menschen, der in der unmittelbaren Nähe des Planums einer im Betriebe befindlichen Eisenbahn tätig ist, muß verlangt werden, daß er sich der Gefahren des Ortes bewußt bleibt. S. a. RHG. § 1 VI 8.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beil. 193 ff. Verteilung zwischen dem Verschulden des Verletzten, der die Geleise außerhalb des ordnungsmäßigen Überganges und in einer nur etwa $1/2$ m weiten Lücke zwischen Waggons überschritt und der besonders hohen Gefährlichkeit des Bahnbetriebs an diesem Übergange bei fehlender Sperrkette.

OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 162. Eigenes Verschulden des Verletzten, dem die Örtlichkeiten, sowie die Fälligkeit der Bahnzüge genügend bekannt gewesen und der bei Annäherung an das Geleise besondere Vorsicht hätte anwenden müssen neben dem überwiegenden Verschulden des Betriebsunternehmers, der entgegen den zum Schutze des Publikums beim Überschreiten der Geleise gegebenen Vorschriften der Lokomotivführer bei Annäherung des Zuges an einem in Schienenhöhe liegenden unbewachten Übergange das Läutewerk nicht in Bewegung gesetzt hat.

γ. Frühere Entscheidungen.

OLG. Hamburg, EisenbE. **20** 33 ff., HansGerZ. **03** Beil. 134, s. schon JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10b und 12a Abs. 5.

RG. DJZ. **03** 177 u. s. w. — s. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a Abs. 5 — s. jetzt auch EisenbE. **20** 48 ff.

RG. **53** 394 — s. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a Abs. 5 — s. jetzt auch EisenbE. **20** 51 ff.

RG. JW. **03** Beil. 45, EisenbE. **20** 136 — s. schon JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a, vorl. Abs. —. ➳ (19 ist ein Druckfehler.) — Red. ⟵

RG. JW. **03** Beil. 101, EisenbE. **20** 173 — s. schon JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a, vorl. Abs. —. ➳ (19 ist ein Druckfehler.) — Red. ⟵

RG. JW. **03** Beil. 92, EisenbE. **20** 175 — s. schon JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a, vorl. Abs. —. ➳ (19 ist ein Druckfehler.) — Red. ⟵

RG. JW. **03** Beil. 92, EisenbE. **20** 179 ff. — s. schon JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10a, vorl. Abs. —. ➳ (19 ist ein Druckfehler.) — Red. ⟵

RG. JW. **03** Beil. 136, 137 — s. JDR. **2** Ziff. 10a Abs. 5af — s. jetzt auch EisenbE. **20** 256 ff.

RG. GruchotsBeitr. **47** 920 ff., JW. **03** Beil. 76, EisenbE. **20** 160 ff. — s. schon JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12a Abs. 3.

b) Automobilunfälle.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 124 ff., EisenbE. **20** 229 ff.: Der Verkehr mit Kraftwagen auf öffentlichen Straßen erheischt besondere Vorsicht. Verstoß gegen die SächsVO. v. 3. 4. 1901 §§ 15, 16 (SächsGBl. 58 ff.). Vorwiegendes Verschulden in dem Umstande, daß der Führer des Kraftfahrzeugs dieses nicht sofort zum Stehen gebracht hat.

RG. ElsLothrJZ. **29** 555, PuceltsZ. **35** 391 ff., JW. **04** 288/9 Nr. 8, DJZ. **04** 602 Nr. 53: Daß ein Passant den Fahrdamm einer Straße überschreitet, ist gewiß kein Verschulden; daß er in jedem Augenblicke, bei jedem Schritte nach allen Seiten sich umsehe, kann nicht verlangt werden und würde den vorsichtig, aber auch schnell auszuführenden Übergang in einer belebten Straße eher stören als sichern. Sache des Führers eines herannahenden Automobils ist es, sich zunächst durch ein Zeichen rechtzeitig bemerklich zu machen und durch öfteres Ertönenlassen von Warnungszeichen, sowie durch rechtzeitiges Verlangsamen der Fahrt den eigenartigen Gefahren der herannahenden Automobilfuhrwerke vorzubeugen.

c) Weitere körperliche Unfälle.

α. Auf Straßen. OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 365 ff., insbes. 367/8: Statt von der Straße aus direkt über einen gepflasterten, beleuchteten Weg in das Restaurationslokal zu gehen, lief der Verletzte um die Eingangsvorhalle herum in den frei zugängigen, zur damaligen Winterszeit außer Betrieb befindlichen, dunklen Wirtschaftsgarten, um von da durch ein Fenster zu schauen und sich zu überzeugen, welche Gäste im Lokal anwesend waren. Hierbei fiel er in eine vor dem Fenster befindliche unverwahrte Grube und verletzte sich schwer. Abweisung der Klage wegen überwiegenden Verschuldens (Betreten des dunklen, unbekannten Raumes ohne Licht und sonstige Vorsichtsmaßregeln. Unbedachtes schnelles Gehen).

β. In Betrieben. Vgl. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12cγ. OLG. Posen, PosMschr. **04** 140: Eigenes Verschulden eines Knaben bei Verletzung durch eine Dreschmaschine.

RG. JW. **04** 535 Nr. 1: Unfall eines zehnjährigen Knaben beim Spielen an einer Maschine. Nicht notwendig, daß bei Verboten noch ausdrücklich auf die Gefährlichkeit der Maschine hingewiesen wird. Eigenes Verschulden des Knaben. — S. auch **RG.** R. **04** 601 Nr. 2592. — Für den Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 ist § 276 maßgebend. Aus § 276 kann nicht die Pflicht gefolgert werden, jede denkbare Möglichkeit der Annäherung von Kindern an Gefahren bergende Maschinen auszuschließen. Es kommt auf den normalen Verkehr und die Bedürfnisse der Wirtschaftsführung an. Auch kommt § 828 in Betracht, nicht aber § 829.

RG. JW. **03** Beil. 114 — JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12cγ Abs. 4 — s. jetzt auch SächsA. **14** 77 ff.

γ. In Gebäuden. **RG.** R. **04** Nr. 580: Ein den Schadensersatzanspruch gänzlich ausschließendes, allein ursächlich wirkendes Verschulden des Beschädigten liegt vor, wenn er dadurch verunglückte, daß er auf einer dunklen Treppe hinabgegangen ist, ohne von der Möglichkeit, sich Licht zu verschaffen, Gebrauch zu machen.

RG. SächsA. **14** 485 ff.: Unfall eines Hausmädchens durch Absturz beim Fensterputzen aus der im Hochparterre gelegenen Wohnung. OLG. Köln ver-

urteilte aus § 618 (s. daher u. zu § 618). Das RG. hob wegen Nichtberücksichtigung des § 254 auf, da die vom Verurteilten geltend gemachten Einwendungen erheblich seien: daß die Verletzte das Verbot seiner Frau, in ihrer Abwesenheit mit dem Fensterputzen zu beginnen, nicht befolgt hätte; seine Frau habe immer besondere Vorsicht beobachtet und würde das Mädchen während der Arbeit am Rocke gehalten haben. Es sei aber, sagt das RG., Erfahrungstatsache, daß für den, der einen zu Schwindel Anlaß gebenden Stand habe, jeder Anhalt eine Minderung der Gefahr des Schwindeligwerdens bewirke, und daß namentlich beim ersten Schwanken der durch einen anderen gegebene Halt das Gleichgewicht wiederherstellen könne. — Ein weiteres Verschulden der Verletzten findet das RG. darin, daß sie ihrer Dienstherrschaft keine Mitteilung davon machte, daß sie sich besonderer persönlicher Eigenschaften wegen zu der Verrichtung des Fensterputzens nicht eignete. Denn das Fensterputzen gehöre zu den Arbeiten, die nach der Verkehrssitte regelmäßig den Dienstboten übertragen werden. Die Arbeit sei nicht mit solcher Gefahr verbunden, daß nur besonders geeignete Menschen mit ihr beauftragt werden können; übernahm die Verletzte den Dienst, so habe sie sich dadurch zur Verrichtung der herkömmlichen Arbeiten, also auch zum Fensterputzen, bereit erklärt; er habe daher annehmen dürfen, daß sie dem Schwindel nicht mehr ausgesetzt sei, als sonst gesunde Menschen, denen unbedenklich das Fensterputzen übertragen werden könne. —

d) Bei Vertragsverhältnissen. S. a. JDR. 2 zu § 254 Ziff. 12d. Krückmann, JW. **04** 442, will in dem bei Eck-Leonhard, Vorträge 239, 288 behandelten Fall — ein Gutsbesitzer bestellt sich einen Geldmann auf sein Gut, um sich von ihm 10 000 M. Darlehen geben zu lassen; er kommt, wird wegen Krankheit des Gutsbesitzers nicht vorgelassen, kehrt um und wird unterwegs beraubt — gegen den Geldmann eventuell § 254 zur Anwendung bringen; er durfte nicht waffenlos allein zurückkehren. Anders, wenn er freiwillig mit dem Gelde auf dem Gutshofe angekommen und aus irgendeinem Grunde abgewiesen worden wäre. S. weiteres auch u. zu § 607. —

SächsOLG. **26** 269 ff. (s. a. u. zu § 402): Pflicht des Zedenten einer Hypothek, den Zessionar von den auf das Zwangsversteigerungsverfahren bezüglichen Nachrichten zu unterrichten. Mitwirkendes Verschulden des Zessionars, darin bestehend, daß er es unterließ, bei persönlicher Überreichung der Abtretungsurkunde von dem Inhalte des für das Pfandgrundstück bestehenden Grundbuchblatts Einsicht zu nehmen, da er bei solcher Einsichtnahme von dem damals erfolgten Eintrage der Einleitung des Verfahrens Kenntnis erlangt haben würde. (Verteilung nach Hälften.)

Bestätigt vom **RG.** a. a. O. 270 ff.: Eine allgemeine Verpflichtung des Inhalts, daß jeder, der eine Hypothek durch Zession erwerben will, verpflichtet sei, das Grundbuch vorher einzusehen, ist nicht anzunehmen. Wohl aber kann sie in besonderen Fällen bestehen: hier wußte der Zessionar bereits vor der Zession, daß die Zinsen der Hypothek rückständig waren, und rechnete mit der Möglichkeit der Subhastation; auch war der Besitzer des Grundstücks anderen Hypothekengläubigern gegenüber mit der Zinszahlung im Rückstande. Jeden Tag ließ sich da die Einleitung der Zwangsversteigerung erwarten, und es genügt nicht, daß er drei Monate vor der Zession das Grundbuch eingesehen hat.

RG. ElsLothrJZ. **29** 642: Bei Feststellung des Mitverschuldens eines durch Lieferung mangelhafter Ware Geschädigten ist dessen Auffassung, die er sich bona fide über die Tragweite und Folgen des Mangels zur Zeit seiner Feststellung gebildet hat, nicht der später festgestellte eigentliche Sachverhalt zu berücksichtigen.

RG. JW. **04** 166 Nr. 4: Konkurrierendes Verschulden eines Pächters bei Verletzung infolge Benutzung einer schadhaften zu dem Pachtgegenstande gehörigen Kellertreppe (Altes Recht: ALR. § 291 I. 21 in Verb. mit §§ 277 ff. I. 5, §§ 18—21 I. 6).

RG. GruchotsBeitr. **48** 1051 ff.: Kein Vorwurf trifft den Versicherten, der zur Behandlung einer ganz unbedeutenden Wunde nicht sofort einen Arzt zugezogen und sich beim Beschneiden einer Hautschwiele eines Taschenmessers bedient hat.

RG. 56 270, JW. **04** 56: Der Grundsatz des Abs. 1 ist an sich auch auf den Wandelungsanspruch anwendbar. — Vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **48** 898, JW. **04** 140 Nr. 6 u. Ziff. 1.

Fall von Anwendung des § 254 Abs. 2 in HansGerZ. **04** Hauptbl. 89 (OLG. Hamburg): Forderung eines ungewöhnlich hohen Schadensersatzes, mit dessen Eintritt die Beklagte bei Übernahme einer Kiste (im Seefrachtverkehre) nicht rechnen konnte. (Tatsächliche Würdigung: vom rechtzeitigen Eintreffen war der Fortgang der Vermessungsarbeiten für einen in China geplanten Eisenbahnbau abhängig.)

RG. 57 106 ff.: Auch auf den nach § 373 HGB. vorzunehmenden Deckungskauf findet § 254 Anwendung. Nach Abs. 2 kann der Verkäufer von der Zeit an, nachdem die erklärte Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung rechtswirksam geworden, für ein Unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, verantwortlich werden.

e) Eigenes Verschulden bei Geschlechtskrankheiten. Hellwig, Die zivilrechtliche Bedeutung der Geschlechtskrankheiten (53 ff.): Hat die Prostituierte die Ansteckung verursacht, so kommt § 254 in Frage (z. B. wenn der Infizierte es unterlassen hat, die angezeigt erscheinenden Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen). Der Mann muß gewußt haben, oder er hätte wissen müssen, daß die Frau geschlechtlich krank sei. — War der Mann sich der Gefahr, in die er sich begab, bewußt, so findet § 254 Anwendung. — Gleiche Grundsätze gelten für Ausübung des Beischlafs mit einer Person, von der der Betreffende weiß oder wissen muß, daß sie geschlechtskrank ist und für ihn die Gefahr der Infektion bildet (55).

f) Raufhandel und eigenes Verschulden. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 147/8: Derjenige, der Raufhändel beginnt, verschuldet die Folgen, die ihn bei den Raufhändeln selbst treffen, mit. Es besteht aber kein Zusammenhang mehr im Sinne des § 254, wenn der Unfall sich erst bei einer zweiten Schlägerei ereignet, für deren Beginn der erste Raufhandel nur unter anderen einen Beweggrund bildet. Gleiches gilt bezüglich einer Beschimpfung und Herausforderung des Verletzten; sie kann auch nur als Beweggrund gelten. — Aufgehoben ist dieses Urteil durch **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1054 ff. Die Erfahrungen des täglichen Lebens lehren, daß die Tätlichkeiten, welche in Erwiderung von solchen verübt werden, häufig ungleich schwerer ausfallen, als diese, und daß insbesondere bei tätlichen Streitigkeiten, die sich unter Personen geringeren Standes im Wirtshaus entspinnen, wenn die Beteiligten bereits durch den Genuß alkoholischer Getränke erregt sind, die Folgen des Streites in der Regel nicht zu übersehen sind. Wer also seinem Gegner einen Stoß vor die Brust versetzt, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß er sich der Gefahr einer erheblichen Mißhandlung durch den Gegner aussetzt. — Auch ist der Begriff des „Raufhandels“ insofern verkannt, als dem Motive, das die Streitenden zu Tätlichkeiten veranlaßte, Bedeutung beigemessen wurde; entscheidend ist die objektive Beschaffenheit des Streites.

g) Telegraphieren in Ziffern. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 7/8 nimmt überwiegendes Verschulden im Falle eines Telegraphierenden an, weil er in der Depesche den Preis, zu dem er Kohlen anbot, in Ziffern und nicht in Buchstaben angab. Bei allen größeren Firmen, insbesondere auch bei Kohlengeschäften sei es feststehende Übung, bei Telegrammen wichtiger Art, in erster Linie bei Offerten, die Preise in Buchstaben, nicht in Zahlen telegraphieren zu lassen, was als Pflicht des ordentlichen Kaufmanns anzusehen sei. Die dem Telegraphenbetrieb eigene Eile, die Störungen, denen die Telegraphenbeamten fortgesetzt ausgesetzt seien, die dauernde geistige Anspannung, die der Dienst mit sich bringe, seien Umstände, die zu einem flüchtigen Lesen der Depeschenstreifen verleiten und ein Verlesen eines einzelnen Zahlenzeichens begünstigen. — Abweisung der Klage auf Schadensersatz wegen überwiegenden eigenen Verschuldens. — Dieses Urteil ist aufgehoben vom **RG.** SächsA. **14** 356 ff., Gruchots Beitr. **48** 930 ff., FrankfRundsch. **38** 9 ff.: Haftung des Beamten wegen unrichtiger telegraphischer Übermittelung und ungenügender Vergleichung des Quittungsstreifens einer Rückdepesche. Mitwirkendes Verschulden des Telegraphierenden an der Entstehung des Schadens, insofern er den Preis, zu dem er Kohlen anbot, in Ziffern, nicht in Buchstaben in der Depesche angegeben hatte. Auferlegung eines Schaden-Drittels; zwei Dritteile hat der überwiegend schuldige Beamte zu tragen. — In ähnlichem Sinne **RG.** SächsA. **14** 306 ff., 363: Ein Fischhändler bestellte telegraphisch „morgen früh 2 Tonnen St."; der Telegraphenbeamte verwechselte versehentlich das Zahlenzeichen für 2 mit dem für 8. Das RG. hob die klagabweisende Entscheidung des OLG. auf und wies die Sache zur erneuten Verhandlung zurück. Ein Verschulden liegt darin, daß der Händler die Anzahl der gewünschten Tonnen Fische in einer Ziffer und nicht in Buchstaben angab, nicht aber das weitaus größere oder überwiegende Verschulden, insbesondere da das in Ziffern aufgegebene Telegramm nicht verstümmelt oder undeutlich, sondern ganz richtig an dem Bestimmungsorte angekommen ist und lediglich infolge der Unachtsamkeit des Beamten falsch ausgefertigt wurde. — S. über einen Fall aus dem Jahre 1898 **RG.** ebenda 355—356.

h) Zwangsvollstreckung. **RG.** DJZ. **03** 297 — JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12e Abs. 2 — s. jetzt auch ElsLothrJZ. **29** 194.

i) § 735 HGB. **RG.** SeuffA. **59** 89 ff., HansGerZ. **04** Hauptbl. 16: Die Haftung des Reeders für die Schiffsbesatzung muß auch im Rahmen des § 254 Anwendung finden; der Ersatz verlangende Reeder muß sich den Einwand des Verschuldens seiner eigenen Schiffsbesatzung gefallen lassen (vgl. auch § 735 Abs. 2 HGB.). Vgl. ferner über die Anwendbarkeit des § 254 auf § 735 HGB. **RG.**, HansGerZ. **04** Hauptbl. 55 und OLG. Hamburg, ebenda 159 u. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12f.

k) Pflicht des Grundstückseigentümers zur Abwendung gegen Schädigung durch Eisenbahnen. *Keyßner, Haftpflicht der Eisenbahnen für Sachbeschädigung, Funkenflug, R. **04** 618 ff.: Ist der Eigentümer eines Grundstücks durch den auf einem Nachbargrundstücke mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten Gewerbebetrieb mit Beschädigung bedroht, so steht ihm ein Anspruch auf Beseitigung des Gewerbebetriebs nicht zu, sondern nur auf Schadloshaltung. Der Eigentümer des Grundstücks hat die aus der besonderen Art der Bewirtschaftung seines Grundstücks entspringenden Gefahren zu beseitigen und dadurch eine Beschädigung abzuwenden oder doch zu mindern. Dies gilt namentlich betreffend der Bedrohung mit Brandschäden auf Grundstücken in der Nachbarschaft von Eisenbahnen mit Dampfbetrieb und dem dabei unvermeidlichen Funkenflug.

11. Grenzen des Anwendungsgebiets.

OLG. 8 180, FrankfRundsch. 38 141 (Frankfurt): Auf die durch § 136 Abs. 1 Satz 2 GewUnfVersG., unabhängig von einer Feststellung durch strafgerichtliches Urteil festgesetzte Schadensersatzpflicht der Betriebsaufseher finden die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze, insbesondere also auch § 254 BGB., keine Anwendung (Entstehungsgeschichte).

§ 255. 1. Anwendungsgebiet.

Rümelin, KrVSchr. **45** 193, hält die von Oertmann — s. JDR. **1** Ziff. 1 — getroffene Beschränkung der Frage der Vorteilsausgleichung auf Vermögensbeschädigungen und Vermögensvorteile nicht für selbstverständlich, sondern auch für die Fälle aus §§ 847, 1300 und § 253 in gewisser Weise anwendbar.

2. Wesen und Art der compensatio lucri cum damno.

a) Rümelin.

α. Er hält 199 ff. den Streit, wann man von Vorteilsanrechnung zu sprechen habe, und wann Vorteil und Nachteil nicht mehr als Faktoren der Berechnung auftreten, sondern von Haus aus als einheitliches Gesamtergebnis in Ansatz gebracht wird, für müßig, die Grenzen für unsicher, und mit Rücksicht auf den § 287 ZPO. für praktisch bedeutungslos. Ebenso besteht kein praktisches Bedürfnis für die Frage, wann man statt von einer Vorteilsausgleichung von einem Wiederverschwinden des Schadens zu sprechen hat (202). Gegen Oertmann will Rümelin insbes. in l. 10 D. de neg. gest. 3,5 und verwandten Stellen den allgemeinen Gedanken ausgesprochen sehen, daß unter Umständen trotz Mehrheit der Handlungen eine einheitliche Betrachtungsweise Platz zu greifen habe, daß bei gewissen Schadensersatzansprüchen (in dem betr. Falle: neg. gestio!) die aus zusammenhängenden Geschäften gezogenen Vorteile abgezogen werden müssen. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn durch mehrfaches, aber zusammenhängendes Handeln entgegengesetzte Erfolge direkt für ein bestimmtes Vermögen herbeigeführt sind. Wo dagegen der Geschäftsherr erst durch eine Genehmigungserklärung die Erfolge für sein Vermögen herbeiführen muß, mag man bei Abstellung auf die einheitliche Genehmigung stehen bleiben (§ 205, auch Anm. 1). Schon für die Frage, ob einfaches oder mehrfaches Handeln anzunehmen sei, muß das teleogische Moment herangezogen werden, auch bei zeitlicher Trennung der einzelnen Akte (206/7).

β. Er will (211) dem praktischen Bedürfnis einer Einschränkung der Vorteilszurechnung, wenn der Vorteil wesentlich auf dem eigenen Verdienst des Beschädigten beruht, durch die Heranziehung der Analogie des § 254 gerecht werden.

γ. 211 ff.: Über die Fälle, in denen Zuwendungen Dritter auf Grund einer ihnen obliegenden Rechtspflicht stattfinden. Können solche Zuwendungen, oder können schon die Ansprüche gegen Dritte als auszugleichende Vorteile bezeichnet werden? Anders als Oertmann meint er, daß der Verletzte, der seinen Unterhalt bekommen hat, ihn nicht noch einmal als Bestandteil des Schadensersatzanspruchs einklagen kann. Es kommt u. U. neg. gestio (§ 683) zugunsten des Alimentationspflichtigen in Betracht (212/3).

Besonderes über die Anrechnung der Versicherungsansprüche und -Gelder auf den von einem Haftpflichtigen zu ersetzenden Schaden 213 ff. Nach Rümelin muß im Gegensatze zu Oertmann von praktisch-wirtschaftlichen Erwägungen, unter scharfer Auseinanderhaltung der einzelnen Versicherungsarten ausgegangen werden (217 ff., 221: die verschiedenen Möglichkeiten werden erörtert). Analog sind die Zahlungen aus Witwen- und Waisenkassen, in die der Verstorbene sich besonders eingekauft hat, zu behandeln (221/2).

b) *Stintzing:

α. Die sogen. compensatio lucri cum damno ist unzulässig. Ein Vorteil, der an sich nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann, wird nicht dadurch eine ungerechtfertigte Bereicherung und somit zum Gegenstand einer, wenn auch nur teilweisen Aufrechnung, daß er mit einer Schädigung durch unerlaubte Handlung oder Vertragsverletzung verbunden war. Die bei der c. l. c. d. in Betracht kommenden Vorteile stammen überdies meistens nicht einmal aus dem Vermögen des Schädigers. Auch ist es nicht zu rechtfertigen, daß der Geschädigte sich als Ersatz statt des allgemeinen Äquivalents — Geld — irgend einen Vorteil gefallen lassen muß. — Die vielfach als Beispiele angeführten Fälle sind keine solche der compensatio lucri cum damno (4—22).

β. Daß man sich einen Gewinn auf den Ersatz für anderweitigen Schaden anrechnen lassen muß, erklärt sich nicht aus einer compensatio lucri cum damno. Denn es hat keinen Sinn, daß der Käufer die Differenz dann lukriert, wenn sonst kein Schaden entstanden ist, daß er ihn aber dann nicht lukriert, wenn er auch noch andern Schaden erlitten hat. Die Erklärung ist die: Käufer hat auch nach dem Deckungskauf die Wahl. Hat er keinen Schaden erlitten, so tritt er zurück. Hat er aber sonst Schaden erlitten, so tut er besser, Schadensersatz zu verlangen. Dann schuldet er aber auch noch den Kaufpreisrest und muß sich somit echte Aufrechnung gefallen lassen (31—39).

γ. Der § 255 begründet nicht eine eigentliche Schadensersatzpflicht, sondern eine Pflicht einzustehen oder einem anderen die Gefahr der Schädigung durch Dritte abzunehmen. Dies gilt insbesondere bei der Schadensversicherung, wenn ein Dritter nach §§ 823 ff. für den Schaden, gegen den Versicherung genommen, verantwortlich wird. Die Versetzung ist in dieser Beziehung Abnahme der Gefahr, daß der Versicherte von dem Schadensersatzpflichtigen nicht volle Entschädigung erhalte (56—66).

3. Schadensanrechnungspflicht für den in Annahmeverzug befindlichen Gläubiger in Ermächtigungsverhältnissen.

Wieland, Ermächtigung zum Leistungsempfang, AzivPr. 95 223 ff., geht bei Beantwortung der Frage nach der Schadensanrechnung für den säumigen, in Annahmeverzug geratenden Gläubiger in Ermächtigungsverhältnissen (s. darüber das Nähere bes. unten zu § 293) von dem allgemeinen Schadensbegriff aus. Der den Ermächtigenden treffende Schaden ergibt sich aus einem Vergleich seiner nunmehrigen Vermögenslage und derjenigen, die bei rechtzeitiger Befolgung der dem Ermächtigten obliegenden Diligenzakte mutmaßlich eingetreten wäre. Der Schaden besteht in der Fortdauer einer Verbindlichkeit, die ohne Dazwischentreten der schädigenden Unterlassungshandlung erloschen wäre, in einem lucrum cessans, im Entgang eines erwarteten, durch Wegfall eines Passivpostens gebildeten Vermögenszuwachses. Es kommt darauf an, ob die Liberierung des Anweisenden nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und den getroffenen Veranstaltungen zu erwarten war. — Z. B. genügt, daß der Ermächtigte beim Bezogenen Deckung hat, da namentlich im kaufmännischen Verkehr auf Schuld gezogene Tratten oder Anweisungen anstandslos beglichen zu werden pflegen: Deckungsanspruch; dessen Beschaffenheit bestimmt darüber, ob durch Anrechnung oder durch Abtretung des Vorteils die Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat (Einzelheiten 225 ff.). — Im Gebiete des Wechsel- und Scheckrechts haben beide Formen nebeneinander Eingang gefunden (227). Die scheckrechtlichen Grundsätze (Vorteilsanrechnung) dürfen unbedenklich auch auf die Formen der Ermächtigung angewendet werden (229).

Wie ist es, wenn der Ermächtigende tatsächlich infolge Zahlungsunfähigkeit des Bezogenen zu Verlust kommt? Der Ermächtigende ist zur Abtretung des Deckungsanspruchs berechtigt (230).

Prozessual ist es Sache des Ermächtigenden, das Vorhandensein eines Schadens darzutun; er hat gegenüber der Regreßforderung die Einrede des Schadens (230). Gegen die abweichende Ansicht, die die Beweislast dem Ermächtigten auflegt, a. a. O. 231.

4. Begriff des Abhandenkommens und Verlustes.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 51: Abhandenkommen u. U. gleich Verlust, wenn der Gegenstand nicht etwa nur auf kurze Zeit verlegt, sondern derart in „Verstoß" geraten ist, daß nur ein Zufall ihn wieder zum Vorschein brachte. Für die Frage der Entschädigungspflicht ist unerheblich, daß er wieder einmal zum Vorschein kommen könnte.

5. Aus der Rechtsprechung.

a) **RG.** R. **04** 359 Nr. 1612: Bei Aufhebung eines gegenseitigen Vertrags wegen arglistiger Täuschung muß die Ausgleichung in der Weise erfolgen, daß neben dem Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 die beiderseitigen Vertragsleistungen ersetzt und diejenigen Vermögenslagen der Beteiligten wiederhergestellt werden, die ohne den Vertragsabschluß bestehen würden. Es hat die sogen. compensatio lucri cum damno einzutreten. Der Ersatzberechtigte muß sich selbst erlangte Vorteile an dem in Abzug bringen lassen, was er dem Ersatzpflichtigen zugewendet hat, und dessen Rückersatz er verlangt. — Vorteile, die er durch besondere Aufwendungen und Bemühungen über das durchschnittliche Maß erzielte, kommen nicht in Betracht, wohl aber der bei gewöhnlichem Geschäftsbetriebe herbeigeführte Verdienst, wie er auch von dem Ersatzpflichtigen oder einem Dritten, dem dieser die Erfindung überläßt, daraus gezogen werden konnte.

b) **RG.** R. **04** 251 Nr. 1134: § 255 betrifft nicht Ansprüche, die jemand in Ansehung seines gesetzlich der Verwaltung seines früheren Vormundes unterworfen gewesenen Vermögens an die Konkursmasse des Nachlasses dieses Vormundes hat (§ 61 Nr. 5 KO.). Eine solche Forderung steht dem Berechtigten nicht auf Grund seines Eigentums an den Wertpapieren zu, sondern auf Grund des die Masse gar nicht berührenden Vormundschaftsverhältnisses.

§ 256. *Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag, SächsA. **14** 459 ff., führt aus, daß die Begriffe „Aufwendungen" und „Verwendungen" wie der ihres „Ersatzes" trotz ihres überaus häufigen Vorkommens im bürgerlichen Rechte einer genauen Feststellung, und daß ebenso die sehr zahlreichen Fälle dieses Ersatzes der notwendigen Scheidung in wesentlich verschiedene Gruppen ermangelten.

a) Im ersten Teile (Begriffsbestimmungen) wird zunächst (§ 1) neben die wirtschaftliche Auf- und Zuwendung die (ersatzfähige) Auf- und Zuwendung im Rechtssinne gestellt, als die Aufopferung eines dem Handelnden rechtlich geschützten Vermögensguts (nicht nur Rechtsübertragung; a. M. Bekker) bzw. als Werterhöhung des rechtlichen Vermögens eines anderen.

b) Weiter werden (§ 2) gegenüber den von den Motiven sowie von Endemann und Dernburg gegebenen Bestimmungen des Begriffs Verwendungen diese als solche Aufwendungen bezeichnet, die (nach der Auffassung des Aufwendenden) zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder einer Gesamtheit von Sachen oder zur Verbesserung ihrer tatsächlichen Beschaffenheit gemacht werden. Die Auslösung der Sache soll darunter fallen können. Nach den unmittelbaren Verwendungen werden namentlich (§ 3) die mittelbaren behandelt: schon die erste Vermögensaufopferung, die um des erstrebten Erfolges willen geschieht, soll die für den Ersatz erhebliche sein, auch wenn sie (a. M. die Motive) dem Eigentümer gar nicht zugute kommt. Den Ausgleich bildet im Ersatzfalle ebenso wie beim Schadensersatze die Aufrechnung von Vorteil und

Nachteil. — Insbesondere soll allgemein (a. M. Planck) eine Sache mittelbar wie unmittelbar auf eine andere Sache verwendet werden können, ohne daß sie deren wesentlicher Bestandteil wird, z. B. schon durch Herstellung eines Zubehörverhältnisses; so im Falle des § 500 BGB. Die dinglichen Rechtsverhältnisse sollen (entgegen Planck, Endemann und den Motiven) für den Begriff der Verwendungen ebensowenig wie für den des Zubehörs in Betracht kommen. Ob eine Verwendung Erfolg hat oder nicht, ist (§ 4) zuweilen für den Umfang des Ersatzanspruchs, nicht aber für den Begriff der Verwendung erheblich; ebensowenig (gegen Endemann) in wessen Interesse gehandelt wurde. Ausgaben zur Bestreitung von Lasten der Sache stehen (nach § 5) zwar ausnahmsweise, und so z. B. im Falle des § 500 BGB., nicht aber regelmäßig den Verwendungen auf die Sache gleich.

c) Sodann wird (§ 6) gegen Neumann, Schollmeyer, Biermann und Rehbein (Planck und Dernburg sprechen sich darüber nicht aus) dargelegt, daß im Unterschiede von einer mit einer anderen Sache wesentlich verbundenen Sache eine Einrichtung das Ergebnis einer Verwendung ist, die zu irgendeiner noch trennbaren Sachverbindung geführt hat. Für den § 258 wie die durch diesen ergänzten §§ 500, 547, 601, 1049, 1093, 1216, 2125 sei das Eigentum des Berechtigten bedeutungslos; andererseits griffe mangels eines besonderen Rechtsverhältnisses der Beteiligten zueinander nur § 997 Platz (a. M. Prot.). Herstellung eines Zubehörverhältnisses stehe der Verbindung i. S. der §§ 946 ff., 997 noch nicht gleich (a. M. F. Kretzschmar). Ferner soll (§ 7) der § 258 wie der § 997 nur solle Fälle treffen, in denen der Vertragsgenosse bzw. der Besitzer verbunden hat. Beide brauchten aber (teilweise a. M. Planck) im Unterschiede von dem Falle des § 951 zuvor kein dingliches Recht gehabt zu haben. Die Schlußworte des § 951 „auch dann, wenn usw." seien unbeachtlich.

d) „Kosten" und „Auslagen" sind (§ 8) regelmäßig mit Aufwendungen gleichbedeutend; Kosten können ausnahmsweise jedoch auch (vgl. § 12) durch unabsichtliches Tun erwachsen. Insbesondere wird entgegen einer verbreiteten Meinung näher dargelegt, daß unter Auslagen keineswegs nur Geldaufwendungen zu verstehen seien. Dies wird (§ 9) für den ersten Entwurf, wie (§ 10) für die §§ 196, 645, 648, 1847, 1877 BGB. ausgeführt.

e) Alsdann wird (§§ 11, 12) die in den folgenden Teilen näher zu erörternde Pflicht zum Ersatze einer Aufwendung einerseits der Pflicht zum Schadensersatze und andererseits derjenigen zur Herausgabe einer Bereicherung gegenübergestellt. Für die letztere ist die aus der Einbuße des einen folgende rechtlose Bereicherung des anderen, für die Schadensersatzpflicht die Verursachung der Einbuße des einen durch ein Tun des anderen allein wesentlich. In beiden Fällen kann ein eigenes, sogar ein absichtliches Tun des Verlierenden zwar als Mittelglied dienen. Ein solches ist dann jedoch unfrei, anderenfalls läge ein Vertragsangebot vor bzw. mangelte der ursächliche Zusammenhang. Im Gegensatze hierzu wird bei der zum Ersatze führenden Aufwendung die Vermögenseinbuße stets von den Verlierenden selber aus freier Entschließung verursacht.

§ 257. 1. Bischofswerder, JW. **03** 371: Hat eine obsiegende Partei ihre Anwaltskosten beglichen, so hat sie dem Gegner gegenüber einen Anspruch auf Zahlung des Verausgabten, im anderen Falle nur einen auf Schuldbefreiung. Der Festsetzungsbeschluß ist dahin zu fassen, daß die unterliegende Partei die Anwaltsgebühren an den Rechtsanwalt zu zahlen hat.

2. OLG. Posen, PosMschr. **04** 140: Der Vater eines verletzten Sohnes, der diesen durch einen Arzt usw. hat behandeln lassen, kann unter dem Gesichtspunkte des § 812 nach § 257 Befreiung von den betr. Verbindlichkeiten verlangen.

§ 259. 1. Ratio legis.

RG. R. **04** 334 Nr. 1470: Der Berechtigte kann vor der Legung einer ordnungsmäßigen Rechnung gar nicht beurteilen, ob ihm weitere Schritte zustehen.

2. Anspruch auf Entlastung?

Thurow beantwortet R. **04** 356/7 die Frage, ob der zur Rechnungslegung Verpflichtete einen Anspruch auf Entlastung habe, gegen die herrschende Ansicht, insbes. Planck und Dernburg, verneinend (vgl. auch u. zu § 368).

3. Einzelne Fälle. S. JDR. **1** § 259 Ziff. 3, **2** Ziff. 2.

a) §§ 677, 687. OLG. Dresden, SächsA. **14** 638: Eine Verpflichtung, Rechnung zu legen, kann, wie jedes Schuldverhältnis, nur entweder durch Rechtsgeschäft oder durch besondere gesetzliche Vorschrift begründet werden. Eine gesetzliche Pflicht ergibt sich aus den §§ 677, 687 nicht (s. auch unten zu § 687).

b) Größere kaufmännische Unternehmungen. OLG. Posen, Pos. Mschr. **04** 94: Das BGB. stellt im § 259 nur den Grundsatz auf, der bei der Beurteilung der verschiedenen Verhältnisse des praktischen Verkehrslebens leitend sein soll. Bei größeren Unternehmungen, insbesondere bei kaufmännischen Geschäften (G. m. b. H.), läßt sich eine Rechnungslegung durch die Zusammenstellung von Einnahmen und Ausgaben gar nicht oder nur schwer ausführen. An ihre Stelle tritt verkehrsüblich die Vorlegung von Büchern, Bilanzen und Inventuren (s. auch unten zu § 666).

c) Gesellschaftsverhältnis. OLG. Köln, PucheltsZ. **35** 226 läßt dahingestellt, ob § 259 auf ein Gesellschaftsverhältnis Anwendung zu finden habe.

4. Abs. 3, § 260 Abs. 2. „Zeitliche Anwendung."

RG. 56 222 ff., JW. **04** 57 Nr. 11, R. **04** 136 Nr. 582: Die §§ 259 Abs. 3, 260 Abs. 2 gelangen auf vor dem 1. 1. 00 entstandene Schuldverhältnisse und auf erbrechtliche Verhältnisse, wenn der Erblasser vorher verstorben ist, nicht zur Anwendung. Insbesondere handelt es sich hier auch nicht um die Form der Erfüllung, sondern lediglich um die Voraussetzungen, unter denen der Anspruch entsteht, um den Inhalt der Leistungspflicht selbst (Art. 170).

§ 260. 1. Einzelne Fälle. S. JDR. **1** zu § 260, **2** § 259 Ziff. 2, § 260 Ziff. 5.

a) Erbschaftsbesitzer (§ 2027). OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 175: Der Erbschaftsanspruch aus § 2018 richtet sich auch gegen einen Miterben, wenn er Erbschaftsbesitzer ist; der Anspruchsberechtigte kann gemäß §§ 2018, 260 und 2027 Auskunft über den Bestand der Erbschaft von dem Miterben fordern: Pflicht der Ehefrau zur Vorlegung eines Verzeichnisses des Gesamtguts, in welchem der zum Nachlaß gehörige Anteil des verstorbenen Ehemanns enthalten ist.

RG. SächsA. **14** 66 ff., ZBlFrG. **4** 254/5: Die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers erstreckt sich ohne Unterschied der körperlichen und unkörperlichen Gegenstände auf den ganzen Bestand der Erbschaft, soweit überhaupt sein Wissen reicht (§ 260 Abs. 2), also auch auf Forderungen, gleichviel ob sie von vornherein, oder erst kraft Surrogationsprinzips (§ 2019) zur Erbschaft gehören.

b) Miterbe, aber nicht Erbschaftsbesitzer. (Vgl. jedoch auch JDR. **2** § 259 Ziff. 2a.) **RG.** GruchotsBeitr. **48** 973 ff.: Den Miterben, der Sachen des Nachlasses an sich genommen hat (der also nicht „Erbschaftsbesitzer" im Sinne der §§ 2018 ff., 2027 Abs. 1 sein kann), trifft nicht die Verpflichtung, gemäß § 260 ein Verzeichnis des dem § 2018 entsprechenden Inbegriffs oder des ohne die Aufzeichnung des Nachlasses nicht darstellbaren Erbschaftsbestandes vorzulegen. Auch nicht unter dem Gesichtspunkte, daß er als Besitzer des ganzen Nachlasses zu dessen Herausgabe verpflichtet ist. Eine solche Ausdehnung des Besitz-

begriffs auf einen Inbegriff von Gegenständen (Sachen und Rechten) ist dem BGB. fremd, es hat ihn nur in besonderen Fällen, wie den §§ 2130, 2374, wo die Verpflichtung nicht auf einem Besitze des Verpflichteten beruht und auch ihrem Umfange nach davon abhängig ist, sondern sich ausschließlich danach richtet, wie weit durch Erbfolge der Nachlaß dem Berechtigten oder Verpflichteten rechtsangehörig geworden ist. Auch alle anderen Gesichtspunkte versagen (979 ff.). Lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, wenn alle Nachlaßsachen genommen worden sind, gemäß §§ 260, 261 die Herausgabe- und Auskunftspflicht des Sachinbegriffs, aber nur in Bezug auf diese Sachen selbst.

c) Ausgleichungspflicht.

α. Zuwendungen als solche. OLG. Bamberg, BayrObLG. **4** 963 ff., insbes. 968: Für Zuwendungen als solche, die sie bei Lebzeiten der verstorbenen Eltern erhalten haben, sind die Erben einander nicht auskunftspflichtig.

β. Ausgleichungspflichtige Zuwendungen. **RG.** in Übereinstimmung mit dem OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 76 ff., erörtert ausführlich den Inhalt der §§ 2057, 2050—2053 (s. darüber unten zu § 2057) und nimmt die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2, 3 als vorhanden an. In der Verpflichtung zur eidlichen Erhärtung kann ein Gewissenszwang nicht enthalten sein; denn die Auskunft ist nur so vollständig zu erteilen, wie der Verpflichtete dazu nach bestem Wissen imstande ist. — Über die Anwendung der §§ 260, 261 auf die §§ 2057, 2050—2053 s. auch BayrObLG. **5** 221 ff. u. zu § 261 Ziff. 1.

d) S. ferner o. zu § 259 Ziff. 3, 4.

2. Besonderes über bayrisches Recht (Art. 85 bayrAGZPO., Art. 166 Ziff. 7. XVI AGBGB.)

BayrObLG. **5** 521, SeuffBl. **04** 123: Im Falle des vor dem 1. 1. 00 erfolgten Todes des Erblassers ist für die vor diesem Zeitpunkt entstandene Eidespflicht, die Art. 85 bayrAGZPO. v. 23. 2. 79 regelt, nach Artt. 170, 213 EGBGB. bezüglich der zum Inhalt der Verbindlichkeit gehörenden Form des Eides nicht der § 260 Abs. 2 und der § 261 Abs. 2 BGB., sondern die erwähnte landesgesetzliche Vorschrift maßgebend. Ihre Aufhebung in Art. 166 Ziff. XVI bayrAGBGB. hat (vgl. Art. 176 das.) keine rückwirkende Kraft.

Vgl. auch R. **04** 601 Nr. 2591, wo noch weiter aus der Entscheidung mitgeteilt wird: Die Parteien können sich dahin einigen, daß die Auskunft, die nach bürgerlichem Rechte zu erteilen ist, in die Eidesformel aufgenommen und insoweit die Manifestation mit dem Eide verschmolzen wird. Das Sicherungsmittel des Eides kann um so gewichtiger werden, je mehr es sich in das Einzelne verbreitet.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **47** 910 ff., DJZ. **03** 274 Nr. 55 — JDR. **2** zu § 260 Ziff. 3 — s. jetzt auch SeuffBl. **04** 251 ff.

§ 261. 1. BayrObLG. **5** 221 ff.: Auf die Auskunftspflicht nach den §§ 2057, 2050—2053 finden die §§ 260, 261 entsprechende Anwendung (s. auch oben zu § 260 Ziff. 1 c unter β). Die Zuständigkeit des Gerichts für die Leistung des Offenbarungseids bemißt sich — wenn der Pflichtige nicht verurteilt und § 889 ZPO. maßgebend ist — nach dem FrGG., soweit nicht BGB. Bestimmungen enthält. Nach § 163 FrGG. ist in den Fällen der §§ 2028, 2057 das Nachlaßgericht als solches nicht zuständig. Die maßgebenden Vorschriften enthält § 261 und zwar dessen Abs. 1 Satz 1: Der Offenbarungseid ist vor dem Amtsgerichte des Ortes zu leisten, wo die Verpflichtung aus § 2057 zu erfüllen ist. Nach § 269 Abs. 1 gilt als gesetzlicher Leistungsort der Ort, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

2. KGJ. **28** A 306: Insoweit als das nach Abs. 1 zuständige Amtsgericht die zu der Leistung des Eides erforderliche gerichtliche Mitwirkung zu betätigen hat, ist dies eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 163, 79 FrGG.). Kein Recht zur Beschwerde gegen die Anordnung der Ladung. — S. auch Bayr. ObLG. v. 30. 4. 04, RheinAV. **22** 111.

3. S. auch JDR. **1** zu § 261.

Literatur (zu §§ 262—265): Boethke, Besprechung von Littens Wahlschuld, Gruchots Beitr. 48 426—428. — Rieß, Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners, Gruchots Beitr. **48** 489—502.

§ 262. 1. Beweislast.

*Rosenberg, AzivPr. **94** 81: Wenn der Beklagte der Klage auf eine bestimmte Leistung entgegenhält, er schulde mehrere Leistungen alternativ, so muß der Kläger dartun: entweder, daß der Beklagte nur zu der verlangten Leistung verpflichtet sei, oder daß ihm trotz der Regel des § 262 das Wahlrecht zustehe, oder daß der Beklagte nach § 263 Abs. 1 die eingeklagte Leistung gewählt habe. Behauptet dagegen der Schuldner eine facultas alternativa zur Leistung eines anderen Gegenstandes, so trifft ihn die Beweislast.

2. Kiehl, BuschsZ. **33** 549 tritt Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, darin bei, daß bezüglich der Haftung des falsus procurator eine Alternativobligation des Inhalts besteht, daß der Gegner die Wahl zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz haben und das Wahlrecht durch Erklärung gegenüber dem Geschäftsführer konsumiert werden soll. — S. ferner oben zu § 249 Ziff. 3b.

3. OLG. Marienwerder, R. **04** 221 Nr. 1023: Hat der Käufer zwischen verschiedenen Sorten derselben Ware die Wahlbefugnis sich vorbehalten, so liegt nicht ein Spezifikationskauf nach § 375 HGB. vor; das Geschäft untersteht vielmehr den Bestimmungen über alternative Schuldverhältnisse.

4. Wahlschuld und Gattungsschuld. S. darüber **RG. 57** 141, JW. **04** 200 Nr. 8 — oben zu § 243 Ziff. 1. — S. ferner JDR. **2** § 263 Ziff. 3.

§ 263. 1. Über die indirekte Verpflichtung aus §§ 263, 264 s. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung 30 o. zu §§ 241 ff. Ziff. 4 d.

2. Vgl. ferner Bruck, oben zu § 158.

3. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 27: Verlangt der Prinzipal von dem Handlungsgehilfen wegen Verstoßes gegen die Pflichten aus §§ 60, 61 HGB. durch Zustellung eines Zahlungsbefehls Schadensersatz, so ist die Alternativschuld nach § 263 konzentriert; in der später angestellten Klage kann der Prinzipal also ebenfalls nur Schadensersatz verlangen. Der Anspruch auf Herausgabe der Vergütung ist aber ein Anspruch sui generis und nicht etwa unter den Begriff des Schadensersatzes zu subsumieren.

§ 264. 1. Wem steht das Wahlrecht zu?

Rieß, Gruchots Beitr. **48** 489—502: Es erhellt aus dem Wortlaute (des Abs. 1) nicht zweifelfrei, ob der Gläubiger oder der Schuldner das Recht der Wahl für eine der geschuldeten Leistungen hat. Aus der Entwickelungsgeschichte gewinnt er das Ergebnis: Das Wahlrecht bleibt dem Schuldner ausschließlich trotz der Zwangsvollstreckung erhalten. (Vgl. **RG.** JW. **03** Beil. 15 Nr. 31, 176 Nr. 77.) Gegen Stammler und Chamizer insbes. 495—497. Folgerungen aus dem Prinzipe 497 ff.: Was die Rechtsstellung des wahlberechtigten Schuldners anbelangt, so erleidet sein Wahlrecht dennoch Modifikationen. Nach dem Beginne der Zwangsvollstreckung geschieht eine wirksame Vornahme der Wahl durch den Schuldner allein durch eine vollständige, tatsächliche und freiwillig dargebrachte Bewirkung einer der wahlweise ge-

schuldeten Leistungen an den Gläubiger direkt, nicht etwa an ein Vollstreckungsorgan. Die Leistung muß so geschehen, daß eine Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt wird; doch steht dieses Recht dem Schuldner nur bis zum exekutionsweise erfolgten Empfang der Leistung durch den Gläubiger gemäß § 264 zu. Bezüglich des Zeitpunkts des Empfanges kommt es auf die Natur der zur Zwangsvollstreckung stehenden Leistung an. Unverändert finden auf das Wahlrecht die §§ 263 Abs. 2, 265 Anwendung. Ein jus variandi des Schuldners ist ausgeschlossen (498). Was den Gläubiger betrifft, so ist die tatsächliche Möglichkeit, die positive Befugnis, die er mit dem vollstreckbaren Titel erlangt, durch Wahl sich eine der ihm wahlweise geschuldeten Leistungen herauszusuchen, zwar ein subjektives Recht, aber kein Wahlrecht, auf das die §§ 263, 265 Anwendung finden. Eine Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 263) ist überflüssig und ohne rechtliche Bedeutung. Der Gläubiger kann (§ 264) so lange variieren, bis er auf irgendeine Weise von dem Schuldner vollständige Befriedigung erlangt hat, auch dann noch, wenn die von ihm gewählte Leistung unmöglich geworden ist. (A. M. Chamizer 73. Gegen ihn Rieß 500.) — 501/2 über die Streitfrage: wie wird die Entscheidung herbeigeführt, wenn der Schuldner die Wahl hat zwischen der Abgabe einer von mehreren Willenserklärungen oder der Abgabe einer Willenserklärung und der Bewirkung einer anders gearteten Leistung (§§ 264 BGB., 894 ZPO.)? Mit dem **RG. 27** 384 ist § 894 ZPO. restriktiv auszulegen; für Schuldtitel mit Wahlrecht ist er unanwendbar. Auf welchem Wege hat dann der Gläubiger seine auf Abgabe der ihm alternativ geschuldeten Willenserklärung gerichtete Wahl zu betätigen? Mit dem RG. und der herrschenden Meinung (Literatur s. a. a. O. 502) ist § 887 ZPO. für Schuldtitel der vorliegenden Art anzuwenden. Der Beginn der Zwangsvollstreckung liegt in dem Augenblicke, wo das Gericht die Ermächtigung verfügt. (S. alsdann § 264 Abs. 1 Satz 2.)

2. „Richten" der Zwangsvollstreckung.

Boethke, GruchotsBeitr. **48** 428 hält Littens Auslegung (269 ff.) — Litten, Wahlschuld s. IDR. **2** zu §§ 262 ff. —, wonach das „Richten" der Zwangsvollstreckung gleichbedeutend sei mit „Bewirken", „Betreiben", „Durchführen", so daß der Gläubiger der Zwangsvollstreckung schon vor dem Beginne die Richtung geben könne, daß aber das Wahlrecht des Schuldners unverändert weiter bestehe und daß der Beginn der Zwangsvollstreckung der Zeitpunkt bleibe, von wo ab sich der Schuldner nur noch durch wirkliche Leistung des anderen Gegenstandes befreien könne (Abs. 1 Satz 2), für zutreffend. Sie steht aber mit der Geschäftsanweisung des preußischen Justizministers vom 1. 12. 1899 (JMBl. 267) § 47 Ziff. 10 im Widerspruche. Dort wird dem Schuldner schon von da ab das Wahlrecht entzogen oder doch beschränkt, wenn der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zwangsvollstreckung auf die eine der mehreren Leistungen erteilt hat. Nach dem Gesetz aber kann der Schuldner noch bis zum Beginne der Zwangsvollstreckung, die nicht schon im Auftrag an den Gerichtsvollzieher liegt, sein Wahlrecht frei ausüben und dadurch die Zwangsvollstreckung auf die vom Gläubiger gewählte Leistung verhindern.

3. Alternativantrag bei der Eigentumsklage.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 213 verlangt (bei der Klage des Eigentümers auf Herausgabe der Sache) für den alternativen Antrag auf Zahlung des Wertes ausdrückliche Substantiierung im Sinne des § 264 oder der §§ 989, 990 oder der §§ 283 BGB., 255 Abs. 1 ZPO.

§ 265. 1. Boethke, GruchotsBeitr. 48 427 findet Littens Ausführungen (75 ff., 196, 203) — s. auch IDR. **2** a. a. O. —, mit denen er die Ansicht bekämpft, daß bei der Wahlschuld die mehreren Leistungen in obliga-

tione, eine hingegen in solutione sei, widerspruchsvoll und behauptet, daß die Konzentration auf die zweite Leistung (§ 265) nicht mit rückwirkender Kraft eintrete, daß bis dahin vielmehr die vom Schuldner unmöglich gemachte Leistung geschuldet worden sei, und daß daher der Schuldner ersatzpflichtig sei.

2. Titze, KrVSchr. **45** 383—385 gegen Kisch, Unmöglichkeit 231, der die Beschränkung nach § 265 nur „im Zweifel" eintreten läßt, als dem klaren Wortlaute des Gesetzes widersprechend. — Ferner bekämpft er die Auffassung Kischs (232, 225), wonach zuweilen nach dem Vertragswillen gerade die Alternative zwischen einer Mehrheit von Leistungen zum wesentlichen Inhalte des Rechtsgeschäfts gehören soll und der, wenn die Alternative entfalle, weil eines der Schuldobjekte vom Schuldner in vertretbarer Weise vernichtet werde, dem Gläubiger trotz fortdauernder Möglichkeit der anderen Leistung das Recht gibt, sogleich vom ganzen Vertrag zurückzutreten.

RG. GruchotsBeitr. **48** 970 ff.: Das mündliche Versprechen, ein Grundstück zu übergeben und aufzulassen oder eine Geldsumme und andere Leistungen zu machen, ist nichtig, wenn an Stelle des Grundstücks die anderen Leistungen nur deshalb versprochen sind, um das Verbot des § 313 zu umgehen. Wenn dies dagegen nicht beabsichtigt und dem Wahlberechtigten die ernstlich gemeinte Befugnis eingeräumt sein sollte, nach seiner freien Wahl dem anderen entweder das Grundstück oder die anderen Gegenstände zu leisten, und anzunehmen ist, daß die Parteien die Leistung dieser Gegenstände auch ohnehin die Abrede über das Grundstück getroffen hätten, so würde die Zusage der Gegenstände gültig und das Schuldverhältnis gemäß §§ 139, 265 hierauf beschränkt sein.

§ 266. 1. OLG. Breslau, R. **04** 76 Nr. 303: Wer eine Teilleistung vorbehaltlos annimmt, muß sie auch vertragsgemäß bezahlen und kann nicht einseitig die Zahlung bis zur Ergänzungsleistung hinausschieben.

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 101 ff.: Den Schuldner trifft die Beweislast für die Behauptung, daß er zu Teilleistungen befugt sei.

3. **RG.** SeuffA. **59** 264 ff., JW. **04** 90 Nr. 8, ElsLothrJZ. **29** 396 ff., HoldheimsMSchr. **13** 157 ff., DJZ. **04** 267 Nr. 22, R. **04** 192 Nr. 883: § 266 ist nur dann maßgebend, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Dies ist aber der Fall, wenn eine sukzessive Lieferung der verkauften Warenmenge verabredet ist. Auch nach Ablauf der Lieferfrist kann der Verkäufer durch Anbieten eines Teiles der rückständigen Ware die Gegenpartei bezüglich dieses Teils gemäß §§ 294, 295 in Verzug setzen. (S. auch u. zu § 293.)

4. Ungewitter, GruchotsBeitr. **48** 432 hält gegen Erich Cohn, Verpflichtung des Schenkers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte, der dem Beschenkten das Recht gibt, die Übergabe eines mit einem Rechtsmangel behafteten Geschenkes als Teilleistung zurückzuweisen, die Anwendung des § 266 auf Fälle, in denen tatsächlich der ganze geschuldete Gegenstand übergeben wird, für sehr bedenklich.

§ 267. 1. Baukapitalsvertrag.

*Friedländer, SeuffBl. **04** 203: Beim Baukapitalsvertrage (vgl. zu §§ 320 ff.) kann der Darlehnsnehmer im Zweifel die Ausführung des Baues nicht einem anderen übertragen, wenn er sich persönlich zur Bauausführung verpflichtet hat.

2. Pfändbarkeit der sog. Leihmöbel.

a) KGBl. **04** 38/9 (KG.) erklärt den Anspruch des Schuldners aus einem Möbelleihvertrag auf Übereignung der in seinem Besitze befindlichen Möbel gegen Zahlung des Kaufpreises als einen aus dem neben dem Mietvertrage geschlossenen bedingten Kaufvertrage sich darstellenden selbständigen Anspruch für pfändbar und

überweisbar und den Gläubiger, dem er überwiesen ist alsdann für berechtigt, an Stelle des Schuldners durch Zahlung der noch geschuldeten Raten das Mietverhältnis zu beendigen und den bedingten Kaufvertrag zur Entstehung zu bringen, während der Drittschuldner verpflichtet ist, von ihm anstatt vom Schuldner das Geld entgegenzunehmen. Verweigert er aber die Annahme des vom Gläubiger angebotenen Geldes, zu der er schon nach § 267 verpflichtet ist, da ein Widerspruch des nicht mehr in Betracht kommenden Schuldners unberechtigt ist, so kann ihm der Gläubiger (vgl. OLG. **4** 366 [KG.]) im Falle einer nach der körperlichen Pfändung angestrengten Interventionsklage den Einwand der Arglist und Schikane entgegenstellen (§ 162).

b) Entgegengesetzter Ansicht ist in ständiger Rechtsprechung das LG. I Berlin (ZK. 9) ebenda 56. Bezüglich des § 267 bemerkt das Urteil: den etwaigen Widerspruch des Möbelverleihers kann der Gläubiger (auch ohne Pfändung) durch Leistung des Restbetrags beseitigen, den der Drittschuldner nach § 267 annehmen muß, der Schuldner darf durch seinen Widerspruch die Zwangsvollstreckung nicht vereiteln. Dem die Annahme verweigernden Möbelverkäufer kann der Gläubiger im Interventionsprozesse den Einwand der Arglist entgegensetzen.

c) Nußbaum, Die Pfändbarkeit der sogenannten „Leihmöbel", ebenda 53 ff., tritt im Ergebnis, nicht aber in der Begründung dem KG. bei, die landgerichtliche Würdigung des eventuellen Widerspruchs durch den Schuldner erklärt er für zutreffend. — Ebenso tritt Horn ebenda 61 ff. mit weiteren Gründen für die Pfändbarkeit ein, dagegen hält er für unzutreffend die Auffassung des LG., daß der Widerspruch des Schuldners auch ohne Pfändung und Überweisung nach § 267 Abs. 2 und § 138 unbeachtlich sei. Der Möbelhändler kann ohne gerichtliche Anordnung nicht beurteilen, ob der Schuldner mit Recht oder Unrecht widerspreche; ihm muß freistehen, im Interesse des Schuldners die Annahme der Zahlung abzulehnen, wenn er Zweifel an der Berechtigung des Vorgehens des Gläubigers hat. Auch einen materiell unbeachtlichen Widerspruch kann der Gläubiger beachten, solange nicht dem Schuldner die Legitimation zum Widerspruch formell rechtswirksam entzogen ist.

d) Gegen die Pfändbarkeit erklärt sich auch AG. Parchwitz, Breslau AK. **04** 14/5. — A. M. die Redaktion ebenda 15.

§ 268. OLG. **8** 429/30, HansGerZ. **04** Beibl. 150/1 (Hamburg) (s. a. o. zu § 242 Ziff. 1 d): Für die Anwendbarkeit des Abs. 3 Satz 2 (vgl. auch § 774) ist es gleichgültig, ob der dem Gläubiger erwachsende Nachteil auf rechtlichem oder ökonomischem Gebiete liegt; es genügt, wenn ein Nachteil tatsächlich entsteht.

§ 269. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 101, 108: Die Vereinbarung eines anderen als des gesetzlichen Erfüllungsortes hat der Behauptende zu beweisen.

*Leonhard, Beweislast 350: Beweispflicht des Klägers, daß kein besonderer Erfüllungsort vereinbart ist.

2. OLG. Breslau, R. **04** 385 Nr. 1689: Die Übernahme der Gefahr durch den Verkäufer macht noch nicht den Ablieferungsort zum Erfüllungsort. Die Frage, ob gehörig angeliefert ist, wird allein mit Rücksicht auf den Erfüllungsort beantwortet.

3. LG. Mainz, HessRspr. **5** 4: Im Gerichtsstande des Erfüllungsorts sind nicht nur die ordentlichen Erfüllungsgeschäfte zu bewirken, sondern alle Ansprüche zu befriedigen, die sich auf die vertraglichen Verpflichtungen beziehen, insbesondere Wandelung, Feststellung auf Nichtbestehen einer Verbindlichkeit, Schadensersatz. S. auch JDR. **1** zu § 269 Ziff. 2 Abs. 1, 2 Ziff. 3, 5.

4. Vertragliche Bestimmung. Fortlaufende Geschäftsverbindung. Vgl. JDR. **1** zu § 269 Ziff. 3, **2** Ziff. 7.

a) Vereinbarung bejaht.

α. **RG.** JW. **04** 341: Wenn auch in der Regel den einseitigen Bemerkungen über den Erfüllungsort auf einer nach Abschluß und Bestätigung eines Kaufgeschäfts dem Käufer übersandten Faktur verbindliche Kraft nicht beizulegen, auch an sich eine Faktura nicht als Bestätigung eines geschlossenen Kaufes aufzufassen ist, so kann doch gegebenenfalls angenommen werden, daß auch die Angaben der Faktura ihrem ganzen Inhalte nach darauf zu prüfen seien, ob sie mit den mit dem Reisenden getroffenen Abmachungen übereinstimmen, und daß es Sache des anderen Teiles gewesen wäre, soweit er solche Übereinstimmung nicht anerkennen wollte, gegen den Faktureninhalt Verwahrung einzulegen.

β. **RG.** BadRpr. **04** 57: Vereinbarter Erfüllungsort auf Grund tatsächlicher Würdigung angenommen.

γ. **RG.** HoldheimsMschr. **04** 105/6 folgert vertragsmäßig stillschweigende Bestimmung des Erfüllungsorts aus der wiederholten (fünfmaligen) Übersendung der einschlägigen Geschäftsbedingungen anläßlich der Behändigung der Rechnungsauszüge, dem Schweigen des anderen Teiles und der Fortsetzung des Geschäftsverkehrs in den neuen Rechnungsperioden.

b) Vereinbarung verneint.

α. **RG.** HoldheimsMschr. **04** 224/5: Keine Vereinbarung auf Grund versandter Preislisten; Offerte und Bestellung enthalten keine Bezugnahme auf sie.

β. OLG. **9** 131 (KG.): Die in einer von zahlreichen „Anmerkungen" eines umfangreichen „Katalogs" enthaltene Angabe eines Erfüllungsorts kann, selbst wenn sie durch etwas stärkeren Druck hervorgehoben ist, nicht als in den Vertrag aufgenommen gelten, wie überhaupt nicht der Gesamtinhalt des Katalogs. Dazu bedurfte es eines besonderen und deutlichen Hinweises.

c) Besonderes über die Wechselobligation. OLG. Frankfurt, Frankf. Rundsch. **38** 168—170: Die Tatsache der Domizilierung im Sinne des Art. 4 Ziff. 8 der WO. gestattet an sich noch nicht den zwingenden Schluß, daß Wechselgeber und -Nehmer durch die Festsetzung des Zahlungsorts des Wechsels gleichzeitig das unabhängig neben der Wechselobligation bestehende materielle Schuldverhältnis treffen wollten. Es muß vielmehr die Darlegung besonderer Umstände gefordert werden, die auf die gegenteilige Absicht der Parteien hindeuten. Hierfür sprechen auch innere Gründe. Zwar bildet der Zahlungsort des Wechsels den Erfüllungsort für die Wechselobligation. Allein dies hat seinen Grund darin, daß die Wechselverbindlichkeit durch die Zahlung erschöpft wird, das Wechselschuldverhältnis somit da, wo die Zahlung bewirkt werden soll, seinen Schwerpunkt hat. (Anders bei dem fraglichen Kaufvertrage, der neben der Pflicht zur Zahlung andere gleichartige Verpflichtungen bestehen läßt.) Auch wollen die Parteien durch die Domizilierung bei dem Trassanten meist die Wechselschuld aus einer Hol- in eine Bringschuld umwandeln. Durch diese schon aus § 270 Abs. 1 BGB. gegebene Verpflichtung werden jedoch die Vorschriften über den Leistungsort (§ 270 Abs. 4) nicht berührt.

5. Einzelne Fälle. Aus der Rechtsprechung. S. JDR. **1** zu § 269 Ziff. 2, **2** Ziff. 8.

a) Erfüllungsort für Notariatsgebühren und -Auslagen. KGBl. **04** 29/30 (KG.): Aus dem mit einem Notar geschlossenen Werkvertrage über Aufnahme eines Notariatsakts und den Bestimmungen der § 641 BGB., §§ 25, 23 GebO. v. 25. 6. 95 für Notare, § 320 BGB. folgt nicht, daß Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Zahlung der Notariatsgebühren der Ort ist, an dem der Notar den Akt vollzieht. Der Schuldner genügt den vorstehenden Be-

stimmungen, wenn er den dem Notar gebührenden Geldbetrag vor der Ausfolgung der Notariatsakte auf irgendeine Weise gemäß § 270 übermittelt. Aus der Natur des Schuldverhältnisses folgt keine Abweichung von § 269. Ein allgemeiner Gebrauch, Notariatsgebühren sofort nach Aufnahme des Aktes zu bezahlen, besteht lediglich hinsichtlich solcher Akte, welche sofort erledigt zu werden pflegen, z. B. Beglaubigungen, nicht aber, wenn der aufgenommene Akt nicht ausgefertigt werden muß oder der völligen Erledigung des Geschäfts ein anderes Hindernis entgegensteht, z. B. daß die Höhe der Schreibgebühren der Ausfertigungen erst nach deren Fertigung sich ergibt (vgl. auch u. zu § 641). — S. auch IDR. 2 a. a. O.

b) Händler. Verkauf ins Haus. KG. SeuffA. **59** 263, DIZ. **03** 83 — IDR. **2** zu § 269 Note 4 und 8e — s. jetzt auch OLG. **8** 34.

c) Wandelungsklage.

RG. 57 12 ff.: Die Vereinbarung des Erfüllungsorts gilt nicht für die aus einer etwaigen Wandelung des Kaufvertrags sich ergebenden Verpflichtungen. Als streitige Verpflichtung gemäß § 29 ZPO. ist allein die den unmittelbaren Gegenstand des Klagantrags bildende Verpflichtung des Verkäufers zur Zurücknahme der gelieferten Sache und zum Ersatze der etwa verauslagten Kosten zu betrachten; beide äußerlich getrennte Leistungen beruhen auf einem einzigen, seiner rechtlichen Natur nach zusammenhängenden Anspruch des Käufers (§§ 467, 346 bis 348, 273 Abs. 2). Die Zurücknahme der Ware und der Zug um Zug dagegen zu leistende Ersatz der dafür verauslagten Kosten hat an dem Orte zu erfolgen, wo sich die Sache auf Grund des Vertrags zur Zeit der Klagerhebung befunden hat und noch befindet. Außerdem stellt sich die Verpflichtung zur Bezahlung der Kosten lediglich als eine Nebenverpflichtung im Verhältnis zu der als Hauptverpflichtung erscheinenden Zurücknahme der Ware dar. — Ebenso IDR. **2** zu § 269 a. a. O. unter g.

d) Feststellungsklage beim Kauf.

RG. 56 138 ff.: Wenn auch die Abnahmepflicht des Käufers (§ 433 Abs. 2) im Sinne einer selbständig klagbaren Leistung aufzufassen sein mag (vgl. IDR. **2** zu § 433 Ziff. 4), so erscheint doch bei einer negativen Feststellungsklage des Käufers, welcher den Abschluß eines mit dem Beklagten zustande gekommenen Kaufes überhaupt bestreitet, die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises als die den Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO.) bestimmende Hauptleistung. (Es war also an dem im vorliegenden Falle vereinbarten „Erfüllungsorte für Lieferung und Zahlung" zu klagen.)

e) Bürgschaft.

LG. Mainz, HessRspr. **5** 13, 14 schließt sich dem **RG. 34** 17 an, wonach aus dem Bürgschaftsvertrag selbständig entnommen werden muß, wo der Bürge zu erfüllen habe, insbesondere ob nach der Natur des Bürgschaftsvertrags oder der Absicht der Vertragsteile an demselben Orte erfüllt werden müsse, wie vom Hauptschuldner, oder ob der Bürge in Ermangelung dieser Voraussetzungen an dem Orte seiner Niederlassung oder seines Wohnsitzes zu erfüllen habe. — Wenn für den Hauptschuldner ein bestimmter Zahlungsort verabredet ist, gilt dieser um so mehr auch als von dem Bürgen vertraglich gewollter Erfüllungsort (wenn er Selbstschuldner oder Solidarbürge ist **RG. 10** 284, **34** 17). — Aus § 767 läßt sich nicht folgern, daß die Verpflichtung notwendig am Leistungsorte der Hauptschuld zu erfüllen ist. Namentlich ist für die Bürgschaft für eine Geldschuld § 270 maßgebeud. (Besondere Umstände, die noch für Selbständigkeit des Erfüllungsorts sprechen: Wechselschuld, Ausfallsbürgschaft.) — S. auch IDR. **1** zu § 269 Ziff. 2 Abs. 6.

f) Giroverkehr.

RG. JW. **03** Beil. 137 — JDR. **2** zu § 269 Ziff. 8 i — s. jetzt auch Holdheims MSchr. **04** 24 ff.

g) Frachtvertrag.

OLG. 9 132 (Hamburg): Beim Frachtvertrag ist der Ort, wohin das Gut in Erledigung der übernommenen Vertragspflicht zu schaffen ist, der Erfüllungsort.

h) Beiderseitiger Handelskauf.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 2: Verschiedene Erfüllungsorte bei beiderseitigem Handelskauf.

§ 270. 1. Übermittelungspflicht.

OLG. Königsberg, PosMschr. **04** 51, R. **04** 313 Nr. 1386: Der Gläubiger braucht sich nicht am Wohnorte des Schuldners zur Entgegennahme der Zahlung einzufinden; der Schuldner muß den Geldbetrag dem Gläubiger an dessen Wohnsitz persönlich oder durch die Post „übermitteln", dieser sich an seinem Wohnsitze zur Empfangnahme bereit halten; an einen zufällig vom Wohnsitze abweichenden Aufenthaltsort braucht er das Geld nicht zu übersenden.

2. Das Ladengeschäft als Distanzgeschäft.

LG. Mainz, HessRspr. **5** 12: Selbst die ausdrückliche Verabredung „zahlbar Mainz" begründet für die Zahlungspflicht des Käufers keine Änderung des gesetzlichen Erfüllungsorts und Gerichtsstandes. Liegt in einem Ladengeschäft kein Zug-um-Zuggeschäft vor (Kauf eines Tafelservices für 1700 Mark, der Käufer versprach, den Kaufpreis einzusenden), so ist das Geschäft als Distanzgeschäft nach § 270 zu beurteilen. Es begründet keinen rechtlichen Unterschied, ob der Käufer bei Besichtigung der Ware den Kauf sofort definitiv abschließt, oder ob er die Ware nach vorheriger Besichtigung erst von seinem Wohnorte aus brieflich bestellt.

3. Anweisung, per Kasse oder per Bank zu zahlen.

OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 1 ff.: Weist ein Gläubiger seinen Schuldner an, einem Dritten, seinem Verwalter, „und zwar entweder per Kasse oder per Bank" an dessen Konto bei einer bestimmten Bank zu zahlen, so bedeutet dies, daß die Schuld außer per Kasse auch per Bank getilgt werden könne, nicht aber, daß der Verwalter an das aufgegebene Konto gebunden sein soll und daß bis zu eigenem Widerruf von seiner Seite Einzahlungen auf dieses Konto schlechthin befreien sollen. Ist nur einfach das Bankkonto des Verwalters angegeben, so darf dieser jedenfalls sein bisheriges Konto verschließen. Verändert er das Konto, so muß der Schuldner, der Bedenken trägt, sich des neuen zu bedienen, per Kasse zahlen. Erklärt der Verwalter aber, Zahlungen nicht mehr mittels des alten, sondern eines neuen Kontos entgegennehmen zu wollen, so wird die frühere Erklärung des Gläubigers bezüglich des alten Kontos ohne weiteres hinfällig. Zahlt der Schuldner gleichwohl auf das frühere Konto ein, so versucht er in einer Weise zu leisten, auf die er kein Recht hat; gegen den ausgesprochenen Willen des Dritten (Verwalters), der auch bei dieser Disposition befugt den Gläubiger vertritt, darf er das für ihn fortbestehende frühere Konto nicht benutzen.

§ 271. 1. Hölder, Buschs Z. **33** 360 bemerkt (gegen Langheineken): Der Anspruch, d. h. das Recht, die Leistung zu verlangen, ist hier bezeichnet als ein erst mit deren Fälligkeit entstandener. Der Begriff einer geschuldeten Leistung ist weiter als der Begriff einer solchen, die verlangt werden kann. Die noch nicht fällige Leistung besteht schon als eine erfüllbare und auch als eine durch den Verpflichteten verletzbare.

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 102, 105: Die Abweichung von der Regel des Abs. 1 (Stundung) muß der Schuldner, die Abweichung von der Regel des Abs. 2 muß der Gläubiger beweisen.

3. OLG. Breslau, R. **04** 44 Nr. 150: Die Abrede „Wechselakzept 6 Monate" enthält eine Stundung unter der Verpflichtung des Schuldners, über die Schuld einen auf ihn gezogenen Wechsel mit dem Annahmevermerk zu versehen und dem Gläubiger auszuhändigen. Vor Ablauf der 6 Monate steht dem Gläubiger nur das Recht zu, den Wechsel zu verlangen oder gemäß § 257 ZPO. Klage auf künftige Zahlung zu erheben. Mangels anderweiter Abrede ist die Stundung nicht bedingt und der Gläubiger, der vorgeleistet hat, kann nicht beim Ausbleiben des Wechselakzepts die sofortige Zahlung beanspruchen.

§ 272. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 103 ff.: Der Schuldner hat die Vereinbarung eines Rabatts zu beweisen.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 246, ZBlFG. **5** 261 Nr. 223: Macht der Schuldner einen Abzug, auf den er nach § 272 keinen Anspruch hat, so deckt sich sein Angebot nicht mehr mit der „geschuldeten Leistung". (Entschieden zu § 1813 Ziff. 4 BGB.).

Literatur (zu §§ 273—275): Rech, Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht. (Bonn 1904.) — Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht, Fischers Abh. XII 1. (1904.) — Wallroth, Versuche einer Durchbrechung des Lohn-Aufrechnungsverbots, AbürgR. **24** 250 ff.

§ 273. 1. Grundlegung. Begriff. Allgemeine Eigenschaften Voraussetzungen. Umfang. S. auch JDR. **2** zu § 273 Ziff. 1.

*Schlegelberger. Der § 273 schafft einheitliches Recht für den ganzen Umfang des BGB. Ein besonderes Zurückbehaltungsrecht des Sachenrechts gibt es daneben nicht (98). § 1000 ist nur eine Präventivbestimmung gegen Rechtsirrtümer (93). Grundlage ist ein einheitlicher Konnexitätsbegriff. Auch ohne Existenz des Abs. 2 wäre in den dort erwähnten Fällen die Zurückbehaltung nach Abs. 1 zulässig. Ansprüche sind miteinander konnex im Sinne des § 273, wenn sie einem einheitlichen rechtlich geregelten Lebensverhältnis entspringen. Wann dieses der Fall ist, ist auch fortan nach Treu und Glauben und der Auffassung des Verkehrs zu entscheiden; vgl. **RG. 14** 233 ff. (84 ff.). — S. ferner u. Ziff. 3a.

Das Zurückbehaltungsrecht soll nach § 273 Abs. 3 nicht zwingen, sondern nur sichern (103.) Deshalb können eigene Sachen zwar ohne Rücksicht auf ihren Wert, fremde Sachen jedoch nur dann zurückbehalten werden, wenn sie den Anspruch real sichern (113.)

Damit ist grundsätzlich das Zurückbehaltungsrecht an solchen fremden Sachen ausgeschlossen, deren Verwertung einen Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt (§ 803 Abs. 2 ZPO.). Eine Urkunde kann nur dann Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein, wenn sie entweder eine Forderung derart verkörpert, daß mit ihr über die Forderung verfügt wird, oder wenn sie infolge ihrer eigentümlichen stofflichen Zusammensetzung einen selbständigen Wert hat, so daß das Verhältnis ihres Wertes zu der Gegenforderung des Zurückbehaltenden die Anwendung des § 803 Abs. 2 ZPO. auf sie ausschließt (114).

Die Zurückbehaltung nach §§ 811, 812 ZPO. unpfändbarer Sachen ist nicht ausgeschlossen (116).

Der Besitzdiener hat ein Zurückbehaltungsrecht nicht, weil gegen ihn kein Herausgabeanspruch besteht (120, 121).

Die Zurückbehaltung unpfändbaren Lohnes ist weder durch die im Pfändungs- und Aufrechnungsverbot liegende soziale Privilegierung der Lohnforderung noch durch die positive Bestimmung des § 394 BGB. ausgeschlossen. Das Zurückbehaltungsrecht ist im Gegenteil dazu bestimmt und geeignet, die Härte des Aufrechnungsverbots bei innerlich zusammengehörenden Ansprüchen zu mildern (127—138).

Vorausgesetzt wird ein Gegenanspruch. Die §§ 255, 368, 410 Abs. 1 BGB. begründen daher ein Zurückbehaltungsrecht nicht, weil es sich hier zunächst

nur um eine Einschränkung der eigenen Leistungspflicht handelt und der Gegenanspruch erst nach Befriedigung des Hauptanspruchs entsteht (141—144). Das Zurückbehaltungsrecht findet ferner nicht statt, soweit eine Verbindlichkeit des Gläubigers nicht besteht (§§ 656, 762 BGB.), dagegen wohl wegen verjährter Ansprüche (147).

Nach dem Zwischensatze des Abs. 1 entscheidet nicht lediglich die Parteiabrede, sondern auch der Inhalt der geschuldeten Leistung über die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts (156). Der Grund für die Versagung des Zurückbehaltungsrechts kann daher auch in dem Rechtsinstitut selbst gefunden werden, dessen konkrete Erscheinungsform das Schuldverhältnis ist (158, 159). Dem Verwahrer steht danach ein Zurückbehaltungsrecht regelmäßig nicht zu. Nur besondere Umstände können die Zurückbehaltung im Einzelfalle rechtfertigen. Diese muß der Verwahrer beweisen (159—161).

2. Grundlegung. (Fortsetzung.) Das Rechtsverhältnis.

*Rech führt aus: a) Die Zugehörigkeit von Ansprüchen zu „demselben Rechtsverhältnis". Eine rechtliche Abgrenzung der zwischen Gläubiger und Schuldner möglichen Rechtsbeziehungen zu bestimmten „Rechtsverhältnissen" ist dadurch zu gewinnen, daß man die Tatbestände der einzelnen Rechtsbeziehungen in deren Merkmale zerlegt und prüft, ob die Merkmale, welche den Tatbeständen der fraglichen Rechtsbeziehungen gemeinschaftlich sind, ihrerseits — von allen weiteren tatsächlichen Momenten abgesehen — die Möglichkeit bieten, daß auf sie eine Rechtsnorm Anwendung findet, wodurch eine Rechtsbeziehung entsteht. Diese letztere ist häufig eine der in Frage stehenden Rechtsbeziehungen, so daß dann der Tatbestand der einen in dem der anderen „aufgeht". Doch ist dies keineswegs erforderlich (26).

A. M. das **RG. 14** Nr. 57 u. **57** 6 (u. Ziff. 3 a), sowie die sich hieran anschließende neuere Praxis. So Entsch. d. OLG. Frankfurt, R. **03** Nr. 2767. Diese lassen „Treu und Glauben in Verbindung mit der Auffassung des Verkehrs" maßgebend sein und nehmen an, daß Gegenansprüche schon dann auf demselben „rechtlichen Verhältnisse" beruhen, wenn sie in einem „natürlichen Zusammenhange" stehen, z. B. eine Identität des Zweckes der beiderseitigen Leistungen vorhanden ist, auf Grund deren ein „einheitliches Lebensverhältnis" anzunehmen ist. Ebenso Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. (Bonn 1904) 83. Es erscheint demgegenüber aber trotz der Entstehungsgeschichte des § 273 nicht angängig, in der rein objektiven tatsächlichen Zusammengehörigkeit der zu bewirkenden Leistungen einen Grund zur rechtlichen Zusammengehörigkeit der Ansprüche zu sehen, welche diese Leistungen zum Gegenstande haben.

b) Vgl. auch §§ 368, 812 BGB.

c) Das Verhältnis des Abs. 1 u. 2: Die Vorschrift des 2. Abs. ist insofern umfassender, als sie auf Fälle anwendbar sein kann, welche auch den Voraussetzungen des 1. Abs. genügen, während umgekehrt die Vorschrift des 1. Abs. nie auf Fälle angewendet werden kann, bei denen nur die tatsächlichen Voraussetzungen des 2. Abs. vorliegen. Ferner kann sich im Falle des 2. Abs. nicht aus dem Rechtsverhältnisse der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts ergeben. Es kann somit einem Verwendungsanspruche, welcher der Vorschrift des Abs. 2 entspricht, nicht die Einwendung entgegengesetzt werden, daß sich aus dem Rechtsverhältnisse der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts ergibt, mögen auch für den Verwendungs- und Herausgabeanspruch die engeren Voraussetzungen des Abs. 1 gegeben, d. h. mögen sie auch demselben Rechtsverhältnisse zugehörig sein. (71.) [So auch OLG. Kolmar, OLG. **6** 350.]

3. Grundgedanken des § 273. (Rechtsprechung.) S. auch JDR. **2** Ziff. 3 zu § 273.

a) Innerliche Zusammengehörigkeit. S. darüber JDR. **1** Ziff. 1b, JDR. **2** Ziff. 3 und o. bei Schlegelberger (Ziff. 1) und Rech (Ziff. 2). —

RG. 57 5/7, DJZ. **04** 406 Nr. 35, im Anschlusse an die Motive zu § 233 des Entwurfs und **RG. 14** 234: Es kommt darauf an, ob Leistung und Gegenleistung aus einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnisse entspringen und sich darauf beziehen und ob eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses und ein hierdurch bewirkter natürlicher Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche vorliegt.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 43: Es genügt nicht, daß Klaganspruch und Gegenanspruch Ausfluß derselben eherechtlichen Verhältnisse sind, wenn auch beide im letzten Grunde auf das eherechtliche Verhältnis der Parteien zurückzuführen sind.

b) § 273 und § 226. OLG. Breslau, R. **04** 165 Nr. 725: Eine übermäßige Zurückbehaltung ist nach § 226 unzulässig. Das Maß im Verhältnis der ihm gebührenden Leistung hat der Zurückbehaltende darzutun.

c) Zurückbehaltung bei Ablehnung der Leistung. **RG. 58** 176, JW. **04** 468 ff. Nr. 6: Ein Kontrahent, welcher die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach den §§ 320, 273 BGB. seine Leistung bis dahin, daß die Gegenleistung verwirkt sei, verweigern. Bei Ablehnung der Gegenleistung muß der ablehnende Kontrahent seinen Einreden eine derartige Gestalt geben, daß auf Grund derselben eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse stattfinden kann. S. a. u. 8 b α.

d) Unkörperliche Gegenstände. BayObLG., R. **04** 192 Nr. 883: Auch unkörperliche Gegenstände — z. B. die Leistung eines Werkes — können zurückbehalten werden.

4. Vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht.

a) Vertragsmäßiges Sperrrecht. **RG.** (Straff.) BraunschZ. **51** 137 ff. (zur Frage des vertragsmäßigen Sperrrechts s. JDR. **2** zu § 559 III Satz 3 und JDR. **3** u. zu § 559): Die Voraussetzungen des § 273 treffen nicht zu, wenn es sich um die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts zugunsten der Mietzinsforderung des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters handelt. Aber nicht jedes Zurückbehaltungsrecht erfordert die Voraussetzungen des § 273. Dieser regelt nur diejenigen, unter denen ein gesetzliches zur Entstehung gelangt, bestimmt aber nicht, daß außerhalb seines Rahmens und über seine Grenzen hinaus ein Zurückbehaltungsrecht nicht vertragsmäßig auch in Fällen, auf welche § 273 nicht zutrifft, begründet werden könne. Sonst gäbe es für die Begründung vertragsmäßiger Zurückbehaltungsrechte überhaupt keinen Raum mehr. Daß aber das BGB. bei seinem Grundsatze der vollsten Vertragsfreiheit den rechtlichen Verkehr durch grundsätzliche Ausschließung aller verträgsmäßigen Zurückbehaltungsrechte habe binden wollen, ist nicht anzunehmen, zumal sich ihre Bestellung dem Pfandrechte gegenüber als das für den Schuldner weniger Lästige darstellt. Es stehen daher im allgemeinen der Begründung obligatorisch wirkender Zurückbehaltungsrechte durch Vertrag auch bei dem Nichtvorhandensein der Bedingungen des § 273 rechtliche Hindernisse nicht im Wege. Dies trifft auch auf den Fall des § 559 (s. o.) zu.

b) Grundschuldbriefe und Quittungen. S. auch JDR. **1** zu § 273 Ziff. 6 auf 183 Abs. 3. KG., SeuffA. **59** 279 ff.: Eine Verpfändung mit der Wirkung einer bloßen Zurückbehaltungsbefugnis kennt das BGB. allerdings nicht, ebenso nicht ein dinglich wirkendes Zurückbehaltungsrecht. Dies schließt aber

nicht aus, daß ein persönliches Zurückbehaltungsrecht durch Vertrag begründet werden kann. Ausdrücklich geregelt ist zwar nur das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht gemäß §§ 273, 274. Nach dem Grundsatze vollständiger Vertragsfreiheit sind aber Verträge zulässig und rechtswirksam, soweit sie nicht gesetzlich ausgesprochenen Nichtigkeitsgründen unterliegen; deshalb ist auch ein vertragliches Zurückbehaltungsrecht, und zwar ohne besondere Form, statthaft. — Es ist seiner rechtlichen Natur nach etwas ganz anderes als das Pfandrecht. Gemeinsam ist beiden Rechten nur die Berechtigung, die hingegebene Sache zurückzubehalten, womit sich jedoch der Inhalt des Zurückbehaltungsrechts nicht erschöpft. Bei zwei ganz verschiedenartigen Rechtsgeschäften mit verschiedener Wirkung ist aber die Zulassung des einen mit Formfreiheit durchaus vereinbar mit der Bedingtheit des andern durch die Wahrung gewisser Formvorschriften, da ein Übergriff des einen in das Gebiet des andern nicht statthaft und somit auch von einer Umgehung der gesetzlich für das eine Rechtsgeschäft verlangten Form durch Vornahme des andern keine Rede sein kann. — Die Wirkungen eines solchen Zurückbehaltungsrechts beurteilen sich stets nach §§ 273, 274, und nicht, auch wenn es zwischen Kaufleuten vereinbart, nach §§ 369 ff. HGB. — (Entschieden für Grundschuldbriefe und löschungsfähige Quittungen.) S. auch u. zu § 1201.

5. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung.

KG., SeuffA. **59** 91 usw., s. schon JDR. **2** zu § 273 Note 7 Ib Abs. 3.

6. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 7.

a) *Wallroth, Versuche einer Durchbrechung des Lohn-Aufrechnungsverbots, AbürgR. **24** 250 ff., wendet sich 256 ff. gegen die Ansicht, wonach dem Arbeitgeber ein Zurückbehaltungsrecht an der Lohnforderung wegen konnexer Gegenansprüche zustehen soll. Er folgert die Unrichtigkeit dieser Ansicht insbesondere aus der Gleichheit der wirtschaftlichen Wirkung von Retention und Aufrechnung beim Gegenüberstehen von Geldforderungen (gegen die juristischen Bedenken a. a. O. 257—259) und aus der Gleichheit des Rechtsgrundes (259 ff., — gegen die Einwendungen 260—262). S. auch noch 262, 263 zu c und d. — Ferner führt er für seine Ansicht an (203 ff.): Bei der gegenteiligen Auffassung hätte es der Ausnahme des Satz 2 des § 394 nicht bedurft, ebensowenig des Art. 81 EGBGB. Auch die im § 274 enthaltene Verpflichtung zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug beweist deutlich, daß an die Möglichkeit des Gegenüberstehens von Geldforderungen im Falle des § 273 gar nicht gedacht worden sein kann. Ferner spricht dafür die Wendung, sofern nicht „aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt", d. h. soweit, als nicht der Inhalt usw.; zum Inhalt des Schuldverhältnisses sind auch seine Träger zu rechnen, wenn — wie hier: beim Arbeitsvertrage — die Personen dermaßen von Bedeutung für die Erfüllung sind. Mit Sinzheimer ist anzunehmen, daß im § 273 die Idee „des Schutzes des überwiegenden Interesses, welches das Zurückbehaltungsrecht ausschließt", zum Ausdrucke gelangt. Die Lohnforderung des Arbeiters muß ihrem Wesen nach der Gegenforderung vorgehen, auch dann, wenn der Arbeiter überhaupt irgendwelche pekuniären Aufwendungen machen muß, um den Arbeitgeber zu befriedigen, vor allem also auch in den Fällen des § 249. — Nicht aber ist mit Sinzheimer die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts im Rechte des Arbeitsvertrags überhaupt für ausgeschlossen zu halten, z. B. wenn der Arbeiter sich vertragswidrig weigert, Werkzeuge, Stoffe, Zeichnungen, Muster oder dgl., die er im Besitze hat, herauszugeben (268). — Gegen das Argument aus § 320 a. a. O. 269/70.

b) Boethke, GruchotsBeitr. **48** 434 tritt Lotmars Ansicht bezüglich der §§ 273 und 394 — s. JDR. **2** Ziff. II a α, § 273 Ziff. 7 unter II α — bei.

c) Olshausen, GruchotsBeitr. **48** 456: Der § 273 darf zur Umgehung des wirtschaftlichen Ergebnisses des § 394 selbst bei absichtlicher Schadenszufügung durch den Arbeiter nicht herangezogen werden.

d) SächsOVG. **4** 240 ff., 244—245: Bei der in der Arbeitsordnung aufgestellten Bestimmung „der rückständige Lohn dient als Kaution, aus welcher die Fabrik ihr zustehende gerichtlich festgestellte Ersatzansprüche zu decken berechtigt ist" handelt es sich nicht um eine Lohneinbehaltung zum Zwecke einer Sicherheit für etwaige künftige Schädenforderungen, ebensowenig um eine bloße Zurückbehaltung im Sinne des § 273, sondern vielmehr darum, die Zulässigkeit der Aufrechnung des noch nicht ausgezahlten fälligen Lohnes gegen Schädenansprüche der Fabrik vertragsmäßig festzusetzen und hierdurch die Anwendung des § 394 auszuschließen. (S. u. zu § 394.)

7. Einzelne Anwendungsverhältnisse (Literatur und Rechtsprechung). S. JDR. **1** Ziff. 6, **2** zu § 273 Ziff. 8.

a) Handlungsgehilfen-Verhältnis.

*Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2) 79/80: Wegen seiner Forderungen gegen den Prinzipal steht dem Handlungsgehilfen das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. zu, und zwar nicht nur das des Abs. 2 (so gegen Staub Anm. 32 zu § 59 HGB.), sondern auch das des Abs. 1, also wegen aller fälligen Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse. S. auch JDR. **2** HGB. § 55 Ziff. 2 (Handlungsreisende) und **1** Ziff. 6 a. E.

b) Arbeitsverhältnis. S. JDR. **2** zu § 273 Ziff. 8 Ia.

GewG. **9** 103 (Hamburg): Die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Vorlegung seiner Quittungskarte behufs Einklebung der Marken (JVG. §§ 131, 140, 141, 176) ist auch essentieller Bestandteil des Arbeitsvertrags. Der Arbeitgeber ist daher berechtigt, bei Weigerung des Arbeiters den Lohn zurückzubehalten.

c) Gesindeverhältnis. S. JDR. **1** Ziff. 6 Abs. 1, **2** Ziff. 8 I c, drittletzter Absatz. —

8. Weitere Anwendungsfälle. S. JDR. **2** § 273 Ziff. 9.

a) Bejaht.

RG. ElsLothrJZ. **29** 402: Der Verkäufer, dem für Teillieferungen ein fälliger Anspruch auf Zahlung zusteht, ist gemäß § 273 berechtigt, bezüglich der weiteren, ihm vertraglich obliegenden Lieferungen das Zurückbehaltungsrecht auszuüben. Ein Zahlungsverzug des Käufers nach § 284 ist hierzu nicht erforderlich.

OLG. Breslau, R. **04** Nr. 151: Bei vereinbarter Teillieferung ohne Stundung des Kaufpreises steht dem Verkäufer ohne weiteres das Recht der Zurückbehaltung an den folgenden Teilleistungen zu, sobald der Käufer das Kaufgeld in der verabredeten Weise für die erledigte Teillieferung nicht vollständig begleicht.

b) Verneint.

α. **RG. 58** 176, JW. **04** 468 ff. Ein Kontrahent, welcher die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach den §§ 320, 273 seine Leistung, bis die Gegenleistung bewirkt sei, verweigern.

β. **RG. 56** 252 ff., JW. **04** 91 Nr. 9: Nicht §§ 273, 274, sondern § 320 ist entsprechend anzuwenden, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil für seinen Anspruch eine Vormerkung auf dem Grundstück des anderen Teiles hatte eintragen lassen und dieser gegenüber der wider ihn erhobenen Leistungsklage verlangt, nur Zug um Zug gegen Einwilligung des klagenden Teiles in die Löschung der Vormerkung zur Leistung verurteilt zu werden. Insbesondere also braucht dem Beklagten kein fälliger Anspruch auf die Löschung der Vormerkung zuzustehen.

γ. **RG. 56** 302 ff., 303; JW. **04** 147, R. **04** 221 Nr. 1024: Der Fall des § 410 stellt nicht eine Leistung Zug um Zug im technischen Sinne der §§ 273, 274 dar; ein selbständiger Anspruch (Forderungsrecht) des Schuldners gegen den Zessionar auf Auslieferung der Zessionsurkunde besteht nicht. — Hierdurch aufgeboben OLG. **7** 297, HansGerZ. **03** Beibl. 202 ff., vgl. auch HansGerZ. **04** Beibl. 204, jetzt auch SeuffA. **59** 347 ff. (Hamburg). — S. schon JDR. **2** zu § 410 Ziff. 1.

δ. Betrug. Zu Abs. 2 s. OLG. Dresden, SächsA. **14** 394: Verneinung des Zurückbehaltungsrechts wegen Teilnahme am Betrug.

ε. Familienrechtliche Verhältnisse. S. JDR. **2** § 273 Ziff. 9 d.

αα. OLG. Dresden, SächsA. **14** 587 ff.: Vergleich zwischen geschiedenen Eheleuten, durch den sich der Mann verpflichtete, der Frau zur Erziehung und zum Unterhalte der Tochter bis zu deren Verheiratung Zuschüsse in bestimmter Höhe zu geben. Gegenüber diesem Anspruche wird die Aufrechnung für unzulässig erklärt (s. auch unten zu § 394). Ferner wird ein Recht zur Zurückbehaltung nicht anerkannt (§ 400). Aus dem Schuldverhältnisse ergibt sich, daß der Schuldner die Unterhaltsleistung wegen fälliger Gegenansprüche nicht soll verweigern können.

ββ. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 44: Bis zur Beendigung der Auseinandersetzung kann die Ehefrau nicht ihrem Manne ihre Mitwirkung zu den gemäß § 1472 erforderlichen Maßregeln versagen.

γγ. OLG. **8** 430/1 (Hamburg), ZBlFG. **5** 31 Nr. 11 a: Gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines Kindes kann nicht gemäß § 273 die Herausgabe bis zur Erstattung von Aufwendungen verweigert werden.

ζ. Giroverkehr.

*S. Klein, Die Zahlungseinstellung der Girokunden, Goldschmidts Z. **55** 181/202: Zurückbehaltungsrechte kommen für die Girobank bei der Zahlungseinstellung ihrer Kunden nicht in Betracht.

9. Übergangsfragen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 273.

BayOLG., R. **04** 165 Nr. 726: Die Frage, ob aus einem dem früheren Rechte angehörenden Schuldverhältnisse ein Zurückbehaltungsrecht besteht, bestimmt sich auch dann nach dem alten Rechte, wenn die Gegenforderung, auf die es gestützt wird, unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden ist.

Dieses Zurückbehaltungsrecht findet daher nicht wie das zum Inhalte der Verbindlichkeit des Berechtigten gehörende nach Art. 170 EGBGB. gegenüber einem Schuldverhältnisse des alten Rechtes auch dann statt, wenn die Gegenforderung, auf die es gestützt wird, unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden ist, sondern es steht nur einem Gläubiger zu, dessen Recht sich nach den bisherigen Vorschriften bestimmt. Für das im § 273 BGB. bestimmte Zurückbehaltungsrecht fehlt es an der Voraussetzung, daß die beiderseitigen Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen.

§ 274. 1. *Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht 173: Zur Abweisung der Klage führt die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nur, wenn mit der Klage gemäß § 257 ZPO. eine künftige Leistung begehrt wird, weil sie die eingeklagte Leistung von der Gegenleistung abhängig macht.

2. RG. SeuffA. **59** 264 ff. usw. (s. die Zitate bei § 266 Ziff. 3): Anwendung des § 322 auch auf den in Annahmeverzug befindlichen Käufer — s. unten zu § 322 und zu § 293.

3. S. im übrigen oben zu § 273.

§ 275. 1. Über Kisch und Titze vgl. JDR. **1** Ziff. 1 a, **2** Ziff. 1—3.

a) Titze, KrVSchr. **45** 349/50, nimmt mit Kisch 12 (anders Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen 14 — JDR. **1** a. a. O. — und Iherings J. **43**

112) an, daß nicht jede Leistung, die rein logisch (oder absolut) betrachtet noch möglich ist, auch in juristischem Sinne als eine noch mögliche zu gelten habe; der juristische Begriff ist insofern weiter als der logische, als unter ihn auch die an sich mögliche, aber überaus schwierige und darum vom Schuldner billigerweise nicht zu verlangende Leistung einbezogen werden muß.

b) Titze 351—360 unterscheidet nur vollständige und teilweise, anfängliche und nachträgliche, objektive und subjektive, zu vertretende und nicht zu vertretende Unmöglichkeit. Die Einteilung in dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit hält er gegen Kisch 18 ff. für entbehrlich, weil sie vollauf durch den Gegensatz von totaler und teilweiser Unmöglichkeit gedeckt ist. Über Unterschiede der beiden Anschauungen in praktischen Ergebnissen s. besonders 356 ff.

c) Titze 360 Anm. 3, bekämpft die von Kisch 34 befürwortete Beweislastverteilung für den Fall, daß es streitig ist, ob anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt. Nach Kisch soll u. U. der Gläubiger dartun, daß die Unmöglichkeit eine anfängliche bzw. nachträgliche ist. Nach Titze hat aber der Gläubiger, der auf Grund einer — objektiven oder subjektiven — Unmöglichkeit der Leistungsansprüche gegen den Schuldner geltend macht, immer nur die Tatsache der **Unmöglichkeit** zu beweisen. Sache des Schuldners ist es nachzuweisen, daß bestimmter Gründe halber im konkreten Falle die Unmöglichkeit eine ihn von jeder Haftung befreiende ist.

2. a) *Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkaufe 104 ff.: Mangelhaftigkeit der Ware begründet eine teilweise Unmöglichkeit, da stets eine Gesamtheit geschuldet ist und der Begriff der Gesamtheit nicht unter der Mangelhaftigkeit eines Bestandteils leidet.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 324: Die allgemeine uneingeschränkte Erklärung, seine fälligen und seine künftigen Verbindlichkeiten nur im Falle eines Arrangements erfüllen zu können, fällt unter Abs. 2. Gelingt nachher dieses Arrangement, so werden dadurch die bereits eingetretenen Rechtsfolgen der Unmöglichkeit nicht wieder aufgehoben. Gemäß § 279 ist die Unmöglichkeit zu vertreten.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 199 a. E.: Keine Unmöglichkeit im Sinne des Abs. 2, wenn in einem Falle, wo eine Hypothek mit bestimmtem Range versprochen und eine diesen beeinträchtigende Eintragung erfolgt ist. Eventuelle Möglichkeit, den Posten zurückzuerwerben.

3. *Fr. Leonhard, Beweislast 356 ff.: Soweit die Nichterfüllung Voraussetzung für Unmöglichkeit, Verzug usw. ist, ist sie vom Kläger zu beweisen.

4. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 5 zu § 275.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **48** 880 ff., übereinstimmend mit KG. ebenda. KG. führt aus: Verpflichtet sich jemand, einem anderen die Auflassung eines Grundstücks von dessen Eigentümer zu verschaffen, und kauft der andere dann das Grundstück selbst von dem Eigentümer, so macht er dem Verpflichteten die Erfüllung seiner Vertragspflicht gemäß § 275 unmöglich. RG. bestätigt dies: Die Erfüllung ist subjektiv und objektiv unmöglich. Die Leistung kann jetzt niemand mehr bewirken, als der Gläubiger selbst. Dieser aber kann nicht Veräußerer und Erwerber in einer Person sein (§ 181). Dafür, daß der ursprüngliche Verpflichtete zur Zeit der Zwangsvollstreckung imstande sein werde, dem anderen die Auflassung zu verschaffen, daß er also das Grundstück bis dahin veräußern und den Schuldner in die Lage bringen werde, von dem Erwerber dem Kläger die Auflassung zu verschaffen, spricht mangels tatsächlicher Anhaltspunkte die Wahrscheinlichkeit nicht.

b) OLG. **9** 282, R. **04** 575 Nr. 2453 (Kolmar): Subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn ein Nicht-Eigentümer ein Haus vermietet.

Der Vertrag ist gültig. Der Gläubiger kann Erfüllung, aber auch gleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er beweist, daß der Schuldner in Verzug ist und unmöglich erfüllen kann.

Literatur (zu § 276): v. Blume, Die Fahrlässigkeit und ihre Abstufung im bürgerlichen Rechte, Jahresbericht 1903/04 der Berl. Jur. Gesellschaft. — Eßlinger, Über bewußte Fahrlässigkeit, SeuffBl. **04** 172 ff. — Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AzivPr. **96** 60 ff. — Litten, Ersatzpflicht des Tierhalters (1905). — Rabel, Haftpflicht des Arztes (1904). — Staub, Die positiven Vertragsverletzungen (1904).

§ 276. 1. Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vgl. JDR. **2** § 276 Ziff. 2.

a) Wachenfeld, JLBl. **04** 85/6, macht einige kritische Bemerkungen zu v. Hippel, Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit — JDR. **2** zu § 276 Ziff. 2.

b) Bewußte Fahrlässigkeit. *Eßlinger, SeuffBl. **04** 172 ff.: Die übliche Definition der Fahrlässigkeit als Nichtvorhersehen des vorhersehbaren Erfolges ist insofern nicht richtig, als sie nur den intellektuellen, nicht auch den ethischen Mangel trifft. Fahrlässigkeit kann ebensowohl im Mangel an Voraussicht, daß durch die Handlung fremde Rechtsgüter geschädigt werden können, als im Fehlen der Rücksichtnahme auf diese gefährdeten fremden Rechtsgüter liegen. Nicht immer, wenn vorausgesehen wird, daß die Handlung möglicherweise fremde Rechtsgüter beeinträchtigen werde, ist Vorsatz gegeben; dolus (hier dolus eventualis) liegt nur dann vor, wenn der Handelnde den Eintritt des rechtswidrigen Erfolges billigt. Andererseits bedeutet die bewußte Gefährdung fremder Rechtsgüter auch nicht immer eine (bewußte) Fahrlässigkeit. Vielmehr kommt es darauf an, ob die im Verkehr erforderliche Rücksicht auf die fremden, gefährdeten Interessen genommen ist. Bei der Beurteilung dieser Frage sind maßgebende Gesichtspunkte: die Größe und Nähe der Gefahr, der Wert des gefährdeten Rechtsguts und andererseits die Bedeutung des von dem Handelnden wahrgenommenen Interesses.

c) Inhalt des Begriffs „Fahrlässigkeit". v. Blume 23 ff.: Als zivilrechtlicher Begriff muß — bei der Verschiedenheit der Zwecke des Strafrechts und Ersatzrechts — der Begriff zunächst auf zivilrechtlicher Grundlage trotz der gleichen Namen (§ 823 BGB., § 222 StGB.) entwickelt werden. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Schuldformen des BGB., „Arten des Verschuldens", Arten des vom Gesetzgeber gemißbilligten Verhaltens. Im BGB. schiebt sich — im Gegensatz zum StGB. — zwischen sie die grobe Fahrlässigkeit. Das gemißbilligte Verhalten gegenüber bestimmten Rechtspflichten in Verbindung mit der Entstehung eines dadurch verursachten Schadens bildet den Tatbestand der Ersatzpflicht auf Grund schuldhaften Verhaltens. An zweiter Stelle hat das BGB. solche Rechtspflichten, deren schuldhafte Verletzung eine Schadenshaftung begründen kann: §§ 276, 823. Vom § 276, dem Verhalten des Schuldners, ist auszugehen. Er besagt: Fahrlässig handelt, wer die von der Verkehrssitte (Verkehrsanschauung) geforderte Sorgfalt nicht betätigt. Doch setzt die Anspannung, die § 276 verlangt, ein Ziel oder Wofür voraus. Der Schuldner ist zu einer Leistung verpflichtet. Das Abwägen des Erfolges, die Maßnahme, ist erst das Ziel der Aufmerksamkeit, der Anspannung, deren Unterbleiben Fahrlässigkeit bedeutet. Der Erfolg, auf den das Verhalten einzurichten ist, muß durch Gesetz oder Vertrag bezeichnet sein (unrichtig § 989 — richtig §§ 966, 968).

Welches Maß von Anstrengung wird vom Schuldner verlangt? Das kommt auf das Schuldverhältnis an. Der Maßstab ist also für den Schuldner ein besonderer, nicht ein allgemeiner. Jeder Schuldner garantiert gewisse Fähigkeiten. Ist es nicht ausdrücklich gesagt, kommt es auf die Verkehrsüblichkeit, die Einschätzung nach dem Durchschnitt an, aber nur: sofern dies dem jeweiligen

Schuldverhältnis entspricht. — In bestimmten Fällen hat der Schuldner nur für die bei ihm wirklich vorhandenen Fähigkeiten (Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten) einzustehen. — Falls er nun seine eigenen Fähigkeiten nicht verwendet, so handelt er ebenfalls fahrlässig, wenn er auch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verwendet. Somit ist das Wesen der Fahrlässigkeit mit dem Worte „Lässigkeit" genügend bezeichnet. Es sollte also nicht die Fahrlässigkeit definiert, sondern nur durch eine Auslegungsregel als Maß der vom Schuldner zu fordernden Sorgfalt festgestellt werden: im Zweifel das verkehrsübliche. — Demgegenüber ist nach der herrschenden Ansicht die Fahrlässigkeit des Rechtes der unerlaubten Handlungen wesensgleich mit der Fahrlässigkeit des Rechtes der Erfüllung der Schuldpflichten. Doch hat das Recht der unerlaubten Handlungen sein eigenes Maß für das Verhalten des Menschen. Die Lässigkeit im § 823 wird nicht bestimmt durch ein Schuldverhältnis, sondern entweder durch ein absolutes Recht oder durch den Befehl eines „Schutzgesetzes". Hier aber gilt: jeder muß bei der Erfüllung der allgemeinen Staatsbürgerpflicht gegenüber fremdem Rechte dafür einstehen, daß er das Durchschnittsmaß der Einsicht, Vorsicht, Umsicht eines anständigen und verständigen Menschen erreicht. Er muß haften für den Fehler seiner Individualität. Die Haftung ist eine Art von Garantiehaftung (Linckelmann). Damit stimmen die vielfachen Fälle von Haftung aus erlaubten Handlungen, unter ihnen besonders die M. Rümelinschen Fälle der „Gefährdungshaftung" überein. (Auch bei der Theorie der adäquaten Verursachung ist die Grundlage die Gefährdung.)

d) Modifikation durch Vereinbarung. Hölder, KrVSchr. **45** 233, bemerkt gegenüber Kipps Auffassung von der Fahrlässigkeit (Windscheid-Kipp 448 ff.): Wer eine Leistung übernimmt, haftet für die Sorgfalt, die von einer solchen Leistungen gewachsenen Person erwartet werden kann; kennt sie der andere als eine solchen Leistungen nicht gewachsene, so kann daraus, daß er trotzdem ihr jene Leistung anvertraut, sich ergeben, daß er die Sorgfalt, deren sie nicht fähig ist, auch nicht von ihr verlangt (Auslegungsfrage). Dann aber ist eventuell die geschuldete Sorgfalt nicht kraft des Begriffs der Fahrlässigteit, sondern des Inhalts des konkreten Geschäfts eine beschränkte.

2. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt. Vgl. hierzu JDR. **2** zu § 276 Ziff. 3, insbes. Ziff. 4 u. JDR. **1** Ziff. 1. — Vgl. auch oben Ziff. 2.

a) *Litten, 69, 93 ff.: „Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" ist ein objektives Kriterium, nämlich diejenige Niveaulinie, unter welcher die Handlungsweise geblieben sein muß, damit überhaupt von Fahrlässigkeit gesprochen werden kann. Ob aber hierfür nicht noch weiterhin notwendig ist, daß wir dieses Zurückbleiben als Pflichtwidrigkeit werten können, ist im § 276 nicht einwandfrei entschieden. Nur wenn man dies erfordert, also ein pflichtwidriges „außer acht"-Lassen verlangt, ist die Fahrlässigkeit noch als Schuldform anzusprechen. Anderenfalls entscheidet lediglich abstrakte Vorhersehbarkeit des Erfolges; es wird gehaftet beim Mangel der Fähigkeiten eines Normalmenschen; der niedere Grad der angeblichen Schuldhaftung ist in Wahrheit Gefährdungshaftung, und die Grenzziehung zu den engeren Formulierungen der adäquaten Kausaltheorien verschwimmt vollständig. ➠ Im Rechte des BGB. durchkreuzen sich die beiden grundsätzlich verschiedenen Erwägungen fortwährend; die wissenschaftliche Fortentwickelung des Zivilrechts (im strikten Gegensatze zum Strafrechte) drängt zu einer Ausgestaltung in der Richtung der „Objektivierung" und damit der Verflüchtigung des Fahrlässigkeitsbegriffs. ⇜

b) *Rabel, 11—14, 81—84: Das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt bestimmt sich objektiv, nämlich nach dem Vorbilde des ordentlichen Ver-

treters jenes Personenkreises, in welchen der Schuldner nach Maßgabe des konkreten Schuldverhältnisses einzureihen ist. Handelt es sich aber um die bei einer Berufstätigkeit aufzuwendende Sorgfalt, so kann die Rücksicht auf die Umstände des konkreten Falles doch immer nur insofern zu einer engeren Umgrenzung des erwähnten Personenkreises und demnach zur Ersetzung des „ordentlichen Berufsgenossen" durch einen näher determinierten Mustertypus führen, als der Verkehr den „Beruf" durch Abstufung verschiedener Maße von erforderlichen Fähigkeiten in verschiedene Unterarten teilt (z. B. ordentlicher Zahnarzt, Augenarzt, aber nicht ordentlicher Konsiliarius, Landarzt).

Das vorbildliche Handeln des ordentlichen Berufsgenossen darf nicht von den Hindernissen einer konkreten, die Geistes- und Körperkräfte schwächenden oder die Verwertung von Kenntnissen erschwerenden Situation losgelöst gedacht werden. Als Muster hat vielmehr das Verhalten des ordentlichen Berufsgenossen in derjenigen Situation zu gelten, in welcher das Handeln (inbegriffen die etwaige Herbeiführung solcher späterhin hinderlichen Verhältnisse) begann, dessen Qualifikation als schuldhaftes in Frage steht.

c) Heinsheimer, AzivPr. **95** 251 (vgl. u. zu § 829). Bei Anwendung des im § 276 aufgestellten allgemeinen Maßstabes ist allerdings die Berücksichtigung individueller Verschiedenheiten ausgeschlossen, keineswegs aber auch von dem typischen Unterschiede der Menschen abzusehen; der durchschnittliche Maßstab ist nach gewissen Kategorien verschieden, je nachdem es sich um Männer oder Frauen, Gewerbetreibende oder Privatleute usw. handelt. Nur innerhalb dieser und anderer Kategorien kann der Verkehr nicht weiter unterscheiden, ob der einzelne auch tatsächlich dem Normaltypus seiner Klasse entspricht, ob er klug oder weise, geschickt oder ungeschickt ist (Anwendung auf den § 829 a. a. O. 252 ff.).

d) Grundsätzliches aus der Rechtsprechung. S. IDR. **2** § 276 Ziff. 5 d.

α. **RG.** JW. **04** 356 Nr. 7, R. **04** 445 Nr. 1773: Im § 276 ist eine doppelte Beschränkung des Begriffs der Fahrlässigkeit enthalten: einmal ist es zulässig, Gefahren zu dulden, die der Verkehr unabweislich mit sich bringt, sodann, daß die durch einen gesunden und normalen Verkehr gewonnenen Erfahrungen dem einzelnen die Grundlage geben dürfen für sein Urteil über die Gefährlichkeit oder Zulässigkeit seines Verfahrens (Unfall durch ein in dem Bauzaun eines Hauses befindliches, ausgehobenes und an der Straßenseite an den Zaun gelehntes Tor. Prüfung erforderlich, ob das Verfahren den Bedürfnissen des Verkehrs bzw. dem üblichen, keinen Mißbrauch darstellenden Brauche entspricht).

β. **RG.** GruchotsBeitr **48** 784 ff., SeuffBl. **04** 567 ff., JW. **04** 356 Nr. 81, SächsA. **14** 617 ff., R. **04** 445 Nr. 1774: Grundsätzlich entscheiden objektive Gesichtspunkte, nicht etwa die geistige Beschaffenheit oder die Charakteranlage der einzelnen in Frage stehenden Person. Aber dadurch ist die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalls nicht völlig ausgeschlossen. Unter Verkehr ist derjenige Verkehr zu verstehen, welcher bei dem fraglichen Verhältnisse in Betracht kommt, und anzuwenden ist diejenige Sorgfalt, welche von einem normalen Menschen in einem Verhältnisse der vorliegenden Art erfordert wird. Der Ausdruck „erforderliche" statt „übliche" Sorgfalt ist absichtlich deshalb gewählt worden, um den Gedanken abzuweisen, daß man sich bei mangelnder Sorgfalt auf eine im tatsächlichen Verkehr eingerissene Nachlässigkeit oder Unsitte, einen Mißbrauch berufen kann. (Jagdunfall. Verletzung durch einen Schrotschuß. Fehlerhafte Munition.)

γ. **RG.** SächsA. **14** 65, PuceltsZ. **35** 15: Der Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist allerdings insofern ein objektiver, als die Eigentümlichkeit des einzelnen weder zu seinem Nachteile noch zu seinen Gunsten in die Wagschale fällt, dennoch aber unterliegen nicht alle Menschen in allen Lebenslagen der gleichen Beurteilung. Die Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw. führt notwendig zu einer Verschiedenheit des gemeinsamen Maßstabes, der an gewisse Menschen unter gewissen Verhältnissen anzulegen ist.

δ. **RG.** SächsA. **14** 622 ff.: Der Hinweis auf die Erfordernisse des Verkehrs enthält insofern eine Begrenzung der Ansprüche, die an die Einsicht und Umsicht des einzelnen erhoben werden, als dieser berechtigt ist, die Erfahrungen des Verkehrs als Grundlage für die Beantwortung der Frage zu benutzen, ob eine Schutzvorrichtung den Anforderungen des Verkehrs entspricht oder nicht. Allerdings gilt dies nur von der berechtigten Verkehrssitte, nicht von einem M i ß b r a u c h. Ist daher die Einrichtung einer Schießbude polizeilich genehmigt, so ist zu prüfen, ob die angebliche Üblichkeit ein die erforderliche Vorsicht beiseite setzender Mißbrauch gewesen ist. (Unfall durch eine aus einer Schießbude zurückprallende Kugel.)

ε. **RG.** JW. **04** 572 Nr. 1: Die Anforderung darf nicht so hoch gespannt werden, daß auch jede entfernte Möglichkeit in Betracht gezogen werden müßte und die Nichtberücksichtigung einer solchen Möglichkeit eine Verantwortung begründen würde. Man braucht, wie mit dem Zufalle, so auch nicht mit jeder Ungeschicklichkeit und Unbesonnenheit zu rechnen. Soweit nicht der unbeaufsichtigte Verkehr von Kindern oder Unzurechnungsfähigen in Frage kommt, darf jeder von dem anderen erwarten, daß er auch als besonnener Mensch handelt, und braucht auch nicht damit zu rechnen, daß dem anderen etwas ganz Besonderes zustoßen und dieser dadurch in eine Gefahr kommen werde, die unter normalen Verhältnissen nicht besteht. (Man braucht nicht damit zu rechnen, daß jemand eine Treppe hinauf oder ohne besonderen Anlaß auf ebenem Boden fällt und dabei in seitwärts stehende Fenster greift, trotzdem er weiß, daß Fenster seitwärts aufgestellt sind.)

ζ. **RG.** PfälzRpr. **1** 52: Die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Vater in Beaufsichtigung des Sohnes überhaupt anwendet, wird regelmäßig auch die Dritten gegenüber zu beobachtende, im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfüllen. (Entschieden zu § 832.)

3. H a f t u n g f ü r E r f ü l l u n g. S. JDR. **1** § 276 Ziff. 3, **2** § 276 Ziff. 6, insbes. zu b.

a) D e r a l l g e m e i n e R e c h t s s a t z d e s § 276.

α. T i t z e, KrVSchr. **45** 363/4 will auch die Frage, ob im einzelnen Falle eine vom G l ä u b i g e r zu vertretende Unmöglichkeit vorliege, wie überhaupt die Frage nach der Verantwortlichkeit des Gläubigers im gegebenen Falle aus § 276 beurteilt sehen, wenn auch Gläubiger und Schuldner nicht mit gleichem Maße gemessen werden dürfen. Ebenso O e r t m a n n zu § 324 unter 1 a. — Anders K i s c h, Unmöglichkeit 77 Anm. 1.

β. * K r ü c k m a n n, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf 110 ff.: Verschulden vertreten ist etwas anderes und hat andere Wirkungen, als einen Umstand, einen Mangel u. dergl. vertreten, es verpflichtet stets oder doch im Zweifel zu Schadensersatz. Dies wird bewiesen durch §§ 300, 521, 599, 690, 708, 968, 1359, 1664, 2131 im Gegensatze zu §§ 338, 460, 543, 586, 645. Die Frage der positiven Vertragsverletzungen richtet sich nach § 276, nicht nach Unmöglichkeits- und Verzugsrecht.

γ. Aus der Rechtsprechung. OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 159: Durch schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht wird ein Anspruch des dadurch Geschädigten gegen den Schädigenden auf Ersatz des entstandenen Schadens gemäß § 276 begründet.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 226: Nach § 276 ist aus dem Gesichtspunkte der schuldhaften Vertragsverletzung ein Schadensersatzanspruch neben dem Wandelungsanspruch (**RG. 52** 18 ff.) gegeben, und zwar beim Werkvertrag ungeachtet des anscheinend widersprechenden § 635. (S. u. zu §§ 633 ff.)

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 38: Schadensersatz bei schuldhaft mangelhafter Lieferung nach allgemeinen Grundsätzen. — S. auch ebenda 51, 52, 129, 173, 234.

b) Die positiven Vertragsverletzungen insbesondere. S. JDR. **2** § 276 Ziff. 6 b zu γ.

α. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 30 ff., wendet sich gegen den seiner Auffassung entgegengehaltenen Einwand, daß § 276 den Satz enthalte, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Schadensersatz verpflichten, weil das Gesetz doch nicht eine Verantwortlichkeit normieren könne, ohne ihr einen Inhalt zu verleihen. Diese Ansicht ist aus folgenden Gründen unzutreffend: in dem § 276 steht nichts davon, der Gesetzgeber, der so oft von der Pflicht zum Schadensersatz spricht, hätte auch hier, wenn er sie statuieren wollte, dies gesagt. Ferner ergibt sich die Auffassung auch nicht begriffsnotwendig aus seinen Worten: z. B. hat in den §§ 459—462 der Begriff „vertreten" eine ganz andere Rechtsfolge. — Der Vorwurf aber treffe auf die Ansicht Staubs nicht zu. Das Gesetz normiert keineswegs eine Verantwortlichkeit, ohne ihr einen Inhalt zu verleihen, nur tue es nicht beides in einer und derselben Gesetzesstelle. Die allgemeine Vorschrift, was unter dem oft gebrauchten „vertreten" zu verstehen sei, ist, führt Staub aus, im § 276 enthalten, ferner auch im § 279, wo sogar eine Vertretungspflicht ohne Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit statuiert wird. Im unmittelbaren Anschluß daran schließt sich die erste den Inhalt der Vertretungspflicht, die Rechtsfolgen der Verantwortlichkeit normierende Vorschrift des § 280. Die zweite folgt in den benachbarten §§ 285 und 286. Diese wären überflüssig, tautologisch, wenn Vertretungspflicht und Schadensersatzpflicht identische Begriffe wären. In solcher Tautologie läge ein arger Verstoß gegen die Regeln der Gesetzestechnik. — Wäre ferner „vertreten" identisch mit „schadensersatzpflichtig sein", wenigstens dort, wo der Gesetzgeber eine andere Folge der Vertretungspflicht nicht festsetzt, so wäre gerade bei der mangelhaften Erfüllung des Kaufvertrags die Vertretungspflicht ausgeschlossen, da der § 462 als Rechtsfolge der Vertretungspflicht das Recht auf Wandelung und Minderung bestimmt. Weiter würde bei Gattungskäufen auch bei nicht schuldhafter, mangelhafter Erfüllung Schadensersatz geleistet werden müssen, da nach § 279 bei Gattungsschulden das subjektive Leistungsvermögen auch dann zu vertreten ist, wenn es nicht verschuldet ist; wenn diese Konsequenz vom RG. nicht gezogen wird, so ist dies nur deshalb begründet, weil § 276 und § 279 überhaupt nicht von den Rechtsfolgen der Vertretungspflicht sprechen, eine allgemeine Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung von Vertragspflichten überhaupt nicht direkt im BGB. ausgesprochen ist, sondern sich aus der Analogie des § 286 ergibt. Danach ist auch ein Konflikt mit § 462 vermieden, der lediglich die Folgen des objektiven Vorhandenseins der Mängel, nicht der schuldhaften Verletzung des Kaufvertrags im Auge hat. — Indem § 286 nur analog anzuwenden ist, so ergibt sich auch wirklich nur, daß schuldhafte positive Verletzung von Vertragspflichten zum Schadensersatz verpflichtet, da der Grundgedanke des § 286 ist, daß schuldhafte Unterlassung der Rechtspflicht zum Schadensersatze verpflichtet.

36 ff. bekämpft er die Theorie, wonach die schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht sich als Unmöglichkeit der Erfüllung charakterisieren soll. Wäre sie richtig, würde der § 286 überflüssig sein; auch steht sie mit den natürlichen Begriffen und Anschauungen in Widerspruch. — Unmöglich ist hier nur, die begangene Pflichtverletzung ungeschehen zu machen. § 280 ist nicht anwendbar, weil das Ungeschehenmachen der Pflichtverletzung nicht Gegenstand des Vertrags war und sein kann (§ 306).

Auch der Hinweis auf § 823 (Kipp, Düringer-Hachenburg) ist verfehlt (38). Für bloß fahrlässige Pflichtverletzungen würde der § 823 meist versagen, da er nur dort Platz greift, wo ein wirkliches Recht verletzt ist, während eine allgemeine Schadensersatzpflicht auf Grund bloß fahrlässigen Handelns nicht besteht (**RG. 51** 93). Überdies haftet man ja meistens auf Grund eines unerlaubten Handelns nicht ohne weiteres für die Versehen seiner Gehilfen. Meist würde der Entschuldigungsbeweis aus § 831 zugelassen werden müssen, womit auf dem Gebiete des Handelsverkehrs, wo die Lieferungen aus großen Fabriken und Geschäften selbstverständlich nicht sämtlich von Geschäftsinhabern persönlich hergestellt und expediert werden, die Haftung fast gänzlich fortfallen würde.

Über das zweite Recht, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und die Analogie des § 326 s. 39 ff., über die Anwendung auf den Kauf 48 ff. und die bestimmte Erfüllungsverweigerung 50 ff.

β. *Heinrich Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, ArchivPr. **96** 60 ff.

αα. Alle positiven Vertragsverletzungen sind Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten.

Diese sind in seltenen Fällen alleiniger Leistungsinhalt der Obligation. Regelmäßig sind positive und negative Pflichten kombiniert.

Dann ist entweder die positive Pflicht Hauptpflicht, die negative aber Nebenpflicht oder umgekehrt; hier ist überall die Unterlassungspflicht selbständiger, direkter Leistungsinhalt. Beispiel: Der Großhändler gesteht seinem Abnehmer das Alleinverkaufsrecht für einen bestimmten Bezirk zu. Scharf hiervon zu scheiden ist die Unterlassungspflicht, die in und mit jeder positiven Pflicht gesetzt ist, also die Verpflichtung, ein Andersleisten zu unterlassen. Hier ist die Unterlassungspflicht unselbständiger Natur; sie ist etwas Sekundäres, die negative Seite der positiven Leistung (66 ff.).

ββ. Darin kommen alle positiven Vertragsverletzungen überein, daß sie die Unmöglichkeit der Erfüllung der Unterlassungspflicht begründen.

Das berechtigt aber noch nicht, Unmöglichkeit der Leistung im Sinne der §§ 275, 280 BGB. anzunehmen. Diese Annahme ist nur statthaft, wo die Unterlassung als etwas Selbständiges geschuldet wird. Alle diese Fälle sind im Gesetze unmittelbar entschieden: es liegt nach der Zuwiderhandlung völlige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor (68 ff.).

γγ. Das von Staub aufgeworfene Problem hat mithin nur Bedeutung für die Fälle, wo sekundäre Unterlassungspflichten verletzt sind, in erster Linie also bei der fehlerhaften Leistungsbewirkung.

Hier ist für die Annahme einer Unmöglichkeit der Leistung das Schicksal der positiven Leistung allein maßgebend. Wo diese durch die Vertragsverletzung nicht unmöglich wird, besteht das Bedürfnis, einen Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den fahrlässigen Schuldner besonders zu begründen.

Verfehlt ist die Berufung auf § 276 (75 ff.), der nur davon spricht, was, nicht wie zu vertreten ist (78 ff.). § 823 läßt häufig im Stich.

Da das Gesetz schweigt, muß die Begründung aus seinem Geiste heraus versucht werden. Eine direkte Analogie zu § 286 oder § 280 führt nicht zum Ziel. Dabei wird man zu einer unmöglichen Anlehnung an die durch die Zuwiderhandlung geschaffene charakteristische Rechtslage des Verzugs oder der Unmöglichkeit gedrängt, während doch nicht diese Rechtslage, sondern die schuldhafte Pflichtverletzung der tiefere Grund der Schadenszurechnung ist. Dieser Nachweis ist aus sämtlichen Einzelbestimmungen des Gesetzes zu führen, die Schadensersatzpflichten begründen oder voraussetzen, insbesondere aus §§ 280, 286, 447, 644, 665, 675, 603, 692, 694 (vgl. darüber a. a. O. 83—90).

c) Konkurrenz der Ansprüche.

Crome, Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande, DJZ. **05** 14 ff., tritt für die Konkurrenz der Aktionen ein. Der Beschädigte kann vom Vertrag absehen, wo gleichzeitig schon ohnehin die gesetzliche Verpflichtung des Täters wegen unerlaubter Handlung erwächst. Von einer Absorption der höheren Rechtskonsequenzen durch die niederen kann keine Rede sein. — S. auch Kipp, JDR. **2** § 276 Ziff. 6 b zu γ a. E. —

4. Einzelne Fälle.

a) Giroverkehr.

*S. Klein, Zahlungseinstellung der Girokunden, Goldschmidts Z. **51** 181 ff.: Der Bankier darf, wenn nach Eingang der Giroanweisung, der Auszahlungsorder, der Dritte zahlungsunfähig geworden ist, für fremde Rechnung ebensowenig wie er es für eigene tun würde, den ihm gewordenen Auftrag ausführen. Anders natürlich, wenn er weiß, daß die Überweisung nur zur Begleichung einer Schuld erfolgt; dann würde er ja auch in eigener Angelegenheit zahlen.

b) Minderjährige.

RG. JW. **03** Beil. 101 — JDR. **2** zu § 276 Note 7 d unter α — s. jetzt auch SächsA. **14** 85.

RG. EisenbE. **20** 160 ff. usw. s. schon JDR. **2** zu § 276 Ziff. 7 d α. Ebendort bereits EisenbE. **20** 173 (**RG.** JW. **03** Beil. 101).

c) Haftung des Gastwirts.

OLG. **6** 227 (Braunschweig) — JDR. **2** zu § 275 Ziff. 7 f β —, s. jetzt auch DJZ. **04** 223.

d) Grundstückskäufe.

RG. Gruchots Beitr. **48** 596/7: Die Annahme, daß es eine grobe Fahrlässigkeit (§ 460) des Käufers eines Grundstücks darstelle, wenn er ein Haus kaufe, ohne sich darüber zu vergewissern, ob die Einrichtung bestimmter Räume den polizeilichen Vorschriften entspreche, ist bedenklich. Es fragt sich, ob er Veranlassung hatte, zu zweifeln, daß das Haus sich durchweg in einem den polizeilichen Vorschriften entsprechenden Zustande befinde, oder ob er, ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht zu lassen, sich darauf verlassen durfte.

e) Mit einem offenen Geschäft verbundene Räume.

RG. (Strafs.) JW. **04** 17 Nr. 15: Der Kaufmann, der in einem offenen Geschäfte Waren feilhält, übernimmt die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß die dem kauflustigen Publikum zugänglich gemachten Räume in solcher Beschaffenheit sind, daß sie ohne Gefahr für die körperliche Unversehrtheit der Kunden benutzt werden können. Diese Pflicht erstreckt sich auf alle Räume, deren Benutzung der Kaufmann oder dessen zur Bedienung des Publikums bestelltes Personal dem Publikum überläßt. Dies muß auch von einem diesem zugänglich gemachten Klosett gelten. (Entschieden zu § 230 Abs. 2 StGB.) Vgl. auch unten zu § 278 Ziff. 7 p.

f) Unterhaltspflicht an öffentlichen Stellen.

α. **RG.** JW. **04** 91 Nr. 10 erfordert die Aufwendung besonderer Sorgfalt zur Vermeidung der aus der Aufstellung oder Befestigung an der Straßenfront oder auf dieser angebrachten Werkstätte, Steingebilde, Verzierungen, Dachaufsätze u. dgl., und dem Einflusse von Wind und Wetter auf sie drohenden Gefahren (vgl. auch unten zu § 836).

β. Erfordernisse der Sorgfalt des zur Unterhaltung von Wegen Verpflichteten s. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 81 und unten zu § 823. Nur das kann verlangt werden, was nach vernünftiger Einsicht und nach Maßgabe der örtlichen Verhältnisse erforderlich ist, um eine Gefahr für das Publikum zu verhüten.

g) Benutzung blinder Pferde.

LG. Gießen, HessRspr. **5** 134: Die Benutzung blinder Pferde enthält keineswegs eine Fahrlässigkeit, nicht einmal das Führen eines nicht eingespannten, lediglich an den Zügeln vom Sattelpferde aus gedeckten blinden Tieres; erforderlich ist nur die Anwendung einer entsprechenden Aufmerksamkeit bezüglich der Gangrichtung.

h) Elterliche Aufsichtspflicht.

RG. JW. **04** 357/8 Nr. 9: Verletzung eines Kindes durch eine Mähmaschine. Keine Fahrlässigkeit, wenn die eigene Mutter, die in der Nähe blieb, das Kind durch die ihm erteilte Anweisung für genügend gesichert hielt; die entfernte Möglichkeit, daß es dennoch in das abzumähende Getreide hineinlaufen und dort von der Maschine, ohne von jemandem wahrgenommen zu werden, erfaßt werden könnte, braucht nicht in Betracht gezogen zu werden.

i) Nichtbeachtung von Dienstvorschriften.

RG. JW. **04** 536 Nr. 2: Unter allen Umständen ist von dem Beamten zu verlangen, daß er die ihm obliegende oder von ihm für geboten erachtete Prüfung der Gesetzmäßigkeit einer Dienstvorschrift in sorgfältiger und gewissenhafter Weise vornehmen, und daß er einer bestimmten Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde nicht den Gehorsam versage, bevor er durch reifliche, pflichtgemäße Erwägung zu der Überzeugung von der Ungesetzlichkeit der Anweisung gelangt ist. (Nichtbeachtung einer gesetzmäßigen Verfügung des Justizministers; Haftung für dadurch verursachte Insertionskosten.)

k) Telegraphendienst.

OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 3: Die Verpflichtung der Telegraphenbeamten zur Anwendung größtmöglicher Sorgfalt bei Beförderung von Depeschen ist nicht als bloße Verpflichtung des inneren Dienstes aufzufassen, sondern als eine in erster Linie und hauptsächlich zum Schutze des die Telegrapheneinrichtung benutzenden Publikums bestehende (§ 22 TelegrO.). S. insbes. auch oben zu § 254 Ziff. 10 g und unten zu § 839.

l) Frühzeitiger Bureauschluß.

RG. JW. **04** 200 Nr. 9, R. **04** 281 Nr. 1207: Schadensersatzanspruch wegen fahrlässigen Versteigernlassens fremder Sachen nach Erhebung einer Interventionsklage: Abweisung der Schadensersatzklage (OLG. Hamburg hatte verurteilt). RG. führt aus: es ist kein Vorwurf für den Empfänger daraus herzuleiten, daß er die Bureaus im Interesse seiner Angestellten an Sonnabenden nachmittags um 3 Uhr schließt. Besteht auch in einem gewissen Umfange die Pflicht, trotz des großen Betriebs für schleunige Erledigung der an Sonnabenden mittags oder nachmittags einlaufenden Eingänge zu sorgen, so kann dies doch nur von solchen gelten, die sich schon durch ihre äußere Gestalt als Eilsachen kennzeichnen. Dies trifft aber nicht auf jede gerichtliche Zustellung, besonders auch nicht die einer Klage zu. Es muß nicht mit der Möglichkeit

gerechnet werden, daß eine Klage zu sofortigen Maßnahmen Anlaß geben werde. Gleiches gilt bezüglich der der Klage beigefügten Anlagen.

5. Abs. 2.

RG. R. **04** 360 Nr. 1620: Es ist nicht unzulässig, die Haftung wegen eigener und fremder Fahrlässigkeit im voraus schlechthin auszuschließen; die Grenze der Vertragsfreiheit bildet der Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1). (Entschieden zu § 58 BinnenSchG.; Freizeichnung von Schäden, die durch Zusammenlegung von Frachtgütern überhaupt entstehen können, ohne dabei die weiteren Ursachen dieser Schäden zu bezeichnen und ohne den in Betracht kommenden Personenkreis — Schiffer, Schiffsmannschaft, Lotsen — irgendwie zu beschränken.) — S. auch BadRpr. **04** 330.

§ 277. 1. *Kähler 32: „Grobe Fahrlässigkeit" bedeutet derartiges Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, daß selbst einem minder vorsichtigen Menschen ähnliches normalerweise nicht zustoßen dürfte.

2. **RG.** JW. **04** 406 Nr. 9, R. **04** 480 Nr. 1956: Nur in besonders gearteten Fällen, z. B. wenn bei feststehender objektiver Patentverletzung der Täter sich ohne besondere Entschuldigungsgründe über einen autoritativen Ausspruch hinweggesetzt hat, wird grobe Fahrlässigkeit mit Sicherheit festgestellt werden können, ohne daß dabei dem richterlichen Ermessen ein Spielraum verbleibt. In vielen Fällen dagegen lassen sich allgemein zutreffende Voraussetzungen nicht aufstellen, und die tatsächliche Würdigung muß mit entscheiden.

§ 278. 1. Allgemeines über die Auslegung des § 278. Weite oder enge Interpretation? S. JDR. **1** zu § 278 Ziff. 1a—e, **2** Ziff. 2.

a) Boethke, GruchotsBeitr. **48** 147/9 bezeichnet die Unterscheidung Hoffmanns zwischen dem Zufall und dem Verschulden des Gehilfen als unrichtig. Die Gefahr der mangelhaften Erfüllung durch ein Verschulden ist für den Gläubiger ebenfalls immer vorhanden, auch wenn der Schuldner sich bei der Erfüllung seines Gehilfen bedient. Daß sich diese Gefahr durch die Verwendung von Gehilfen erhöhe, ist zu bestreiten. — Er tritt für eine strenge Auffassung der Erfüllungspflicht ein, die bei jeder auf schuldnerischer Seite liegenden culpa den Einwand ausschließt, daß das Verschulden nicht vom Schuldner, sondern von seinem Gehilfen begangen sei.

In der Verpflichtung des Schuldners bestimmte Personen als Gehilfen zu verwenden, erblickt er gegen Hoffmann kein Garantieversprechen des Schuldners, sondern im Gegenteil eine Entlastung des Schuldners, von der Verantwortlichkeit für den Gehilfen.

b) Boethke, GruchotsBeitr. **48** 149/153 rügt die Ausdehnung des Begriffs der Verantwortlichkeit — gegen Feder, JDR. **1** zu § 278 Ziff. 1d. — Verantwortlich kann nur sein, wer einem andern Rede und Antwort zu stehen hat. — Ferner wendet er sich gegen Feders Ansicht, daß der Gesetzgeber die psychologische (vorbeugende) und ökonomische Aufgabe des Schadensrechts zu berücksichtigen habe. Demgegenüber meint er: Die Berechtigung des Schuldprinzips als Regulators der Schadensverteilung erklärt sich unmittelbar aus der vom Gesetz anerkannten Pflicht zur Sorgfalt im Verkehre. Soweit eine solche Pflicht nicht oder nicht in vollem Umfang anzuerkennen ist, tritt auch keine oder nur eine beschränkte Schadensersatzpflicht ein, während ein auf Schadensverhütung ausgehendes Gesetz zu einer Unterscheidung dieser Fälle von anderen keine Veranlassung hätte. Noch bedenklicher erscheint die Einmischung ökonomischer Gesichtspunkte. Auch § 278 nimmt keine Rücksicht darauf, ob der Schuldner oder nicht vielmehr der beschädigte Gläubiger der wirtschaftlich Tragfähigere ist.

c) Krüger, GrünhutsZ. **31** 426—431 macht ebenfalls einige kritische Bemerkungen zu Feders Verantwortlichkeit; seiner erweiternden Auslegung tritt er

entgegen (428/9), dagegen in der Ausdehnung des § 278 auch auf die Erfüllungssurrogate stimmt er hinzu.

d) Weise, SächsA. **14** 139—142, stimmt Feders Auffassung über den Dualismus des Schadensersatzrechts zu. In der Auslegung des § 278 tritt er für die mittlere Ansicht ein, die davon absieht, daß durch die Handlung die Erfüllung selbst gefährdet werde, aber andererseits eine funktionelle Beziehung zwischen Handlung und Erfüllung voraussetzt. — Im Gegensatze zu Feder sieht er den Konkursverwalter, den Testamentsvollstrecker, den geschäftsführenden Gesellschafter nicht als gesetzliche Vertreter an.

e) Schmaltz, MecklZ. **22** 182 bemängelt gleichfalls Feders extensive Interpretation, ferner, daß der Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Konkurs- und Zwangsverwalter als gesetzliche Vertreter des Erben usw. aufgeführt werden.

f) *Rabel, Haftpflicht des Arztes 66. S. auch o. zu § 276 Ziff. 2b u. u. Ziff. 4: Der Schuldner haftet nur für die Handlungen der Hilfspersonen, welche bei der Erfüllung der Verbindlichkeit erfolgen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 885: Wer bei der Gehilfentätigkeit zugleich seine Vertragspflicht verletzt, ist nicht etwa von der Haftbarkeit für den durch seine Fahrlässigkeit verursachten Schaden befreit; der Vertretene trägt keineswegs allein für ein Verschulden des Vertreters die Verantwortlichkeit.

3. Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung.

a) **RG.** (III) **58** 334, JW. **04** 483 Nr. 5, DJZ. **04** 1040 Nr. 86, R. **04** 502 Nr. 2088: Die Pflicht des Gastwirts, die Zugänge zum Restaurant in verkehrssicherem Zustande zu erhalten, hat die Begründung eines Schuldverhältnisses nicht zur Voraussetzung; sie besteht kraft des anerkannten Rechtssatzes, nach welchem denjenigen, der in Gebäuden oder auf Wegen einen Verkehr für andere eröffnet, die Herstellung und Erhaltung der Vorkehrungen, welche der gefahrlose Verkehr erfordert, obliegt, mit der Wirkung, daß die mangelhafte Erfüllung dieser Auflage die Verpflichtung zum Ersatze des verursachten Schadens gemäß § 823 nach sich zieht. Diese Pflicht ist also nicht als stillschweigend gewollter Inhalt des durch Aufnahme des einkehrenden Gastes zwischen ihm und dem Wirte geschaffenen Vertragsverhältnisses aufzufassen. Es findet also § 278 keine Anwendung, sondern der Wirt kann sich durch den Nachweis gemäß § 831 von der Ersatzpflicht befreien.

b) **RG.** (VII) JW. **04** 484 Nr. 6: Durch den Beförderungsvertrag wird der Eisenbahnfiskus verpflichtet, den angekommenen Reisenden einen Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren, den sie ungefährdet passieren können und zu diesem Zwecke die Bahnsteige in einen verkehrssicheren Zustand zu versetzen, sie also auch bei eingetretener Frostglätte mit Sand oder einem ähnlichen Material zu bestreuen. — Ebenso **RG.** (VI) DJZ. **04** 69 Nr. 2, EisenbE. **20** 252: Die Verbindlichkeit des Unternehmers, von einem Orte zum andern gemäß der Fahrkarte zu befördern, ist nicht schon im Augenblicke der Ankunft des Bahnzuges auf dem Bahnhofe des Bestimmungsorts erfüllt, sondern umfaßt auch die Verpflichtung, den Reisenden einen sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren. S. a. u. Ziff. 7 b β.

c) *Werner, R. **04** 550, der in diesen Entscheidungen des III. Senats einer- und des VI. und VII. Senats andererseits einen Widerspruch erblickt, führt aus: Vertragshaftung besteht nicht bei Nichterfüllung gesetzlicher Verpflichtungen gegenüber jedermann. Der bloße Zusammenhang der letzteren mit den Vertragspflichten rechtfertigt auch nicht die Annahme, daß die gesetzlichen Verpflichtungen zugleich als vertragsmäßige übernommen sind. Die Pflicht der Eisenbahn, für Verkehrssicherheit der Bahnhofsanlagen zu sorgen, entspringt der Einrichtung eines allgemeinen Verkehrs auf jenen Anlagen, gründet sich auf das

Gesetz und besteht gegenüber jedermann ohne jede Rücksicht darauf, ob mit dem Verkehrenden auch ein Beförderungsvertrag abgeschlossen ist. Letzterer ist auf Fortbewegung des Reisenden mittels von der Bahn gestellter Kraft gerichtet. Die sichere Eigenbewegung des Reisenden garantiert die Bahn mithin nur infolge des Gesetzes, nicht infolge des Vertrags. Daher Haftung für die Angestellten nur nach § 831. Das gleiche gilt für alle Vertragsverhältnisse, in denen ein Teil genötigt ist, sich eines vorgeschriebenen Weges auf dem Grundstücke des anderen zum Abschlusse eines Vertrags oder zur Entgegennahme der Erfüllung zu bedienen. Auch der Gastwirt, der Theaterunternehmer, der Handwerker usw. haften für die Verkehrssicherheit des Weges gesetzlich, aber nicht vertragsmäßig. Ebenso dient die Verpflichtung des Vermieters zur Treppenbeleuchtung nur dazu, die Treppe verkehrssicherer, nicht sie gebrauchsfähig zu machen. Eine Treppe bleibt gebrauchsfähig, auch wenn sie 10 Uhr nachts nicht beleuchtet ist. Die Verpflichtung des Vermieters entspringt den Polizeiverordnungen, nicht dem Vertrage, sie besteht gleichmäßig jedermann gegenüber, daher Haftung für Angestellte nur nach § 831, nicht nach § 278, vorbehaltlich stets anderweiter Vereinbarungen. — Der Vertragsgenosse (z. B. der Bahnunternehmer) haftet auch nicht für die Versehen aller seiner Angestellten nach § 278, sondern vorausgesetzt ist, daß sich die Verrichtungen der Angestellten auf die Vertragserfüllung beziehen. Ist das nicht der Fall, so nur Haftung nach § 831.

4. Ärztliche Vertreter. S. JDR. **1** Ziff. 7, **2** Ziff. 5.

Hellwig, Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben 35/6: § 278 findet Anwendung, wenn der verreisende Arzt sich in der Erfüllung eines geschlossenen Vertrags von einem Kollegen vertreten läßt, ferner bei der Zuziehung von Assistenten, bei der Mitwirkung der von dem Arzt in seiner Klinik angestellten Krankenwärter, — nicht aber bezüglich des Pflegepersonals, welches der Patient selbst — wenn auch auf Empfehlung des Arztes — angenommen hat. — Ist der Arzt selbst angestellt, wie z. B. der Direktor einer Klinik, und handelt es sich nicht etwa um seine sog. Privatpatienten, so sind die Assistenten und Wärter im juristischen Sinne nicht etwa Gehilfen des Direktors. Der Direktor und alle jene Personen sind juristisch Vertreter und Gehilfen des Unternehmers, und dieser ist für alle jene Personen nach § 278 haftbar und hat seinerseits Regreß gegen seine Angestellten. Dem Patienten gegenüber kann der Arzt selbst nur nach den Grundsätzen über die außervertragsmäßige Schadenszufügung haftbar werden. — S. auch o. Ziff. 1f.

5. Haftung der Notare für Gehilfen. S. JDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 6 zu § 278 und zu § 676 Ziff. 2.

a) Oertmann, Die Haftung der Notare, insbesondere nach bayerischem Recht, ZBlFrG. **4** 771—788: Zunächst kann sich der Notar nach § 839 verantwortlich machen (771/4). Die Beamteneigenschaft läßt die Frage, ob zwischen den Notaren und Klienten auch ein privates Rechtsverhältnis entstehe, im Zweifel verneinen (774). Seine Haftung für Substituten und Gehilfen (775/6), regelt sich allein nach §§ 278, 831. Die Ersatzpflicht aus § 278 bezieht sich allein auf Schädigungen gerade des Gläubigers, als welcher immer nur der Klient anzusehen ist, nicht auch der Dritte, mit dem der Notar oder sein Gehilfe bei Ausführung der Amtsgeschäfte in Beziehung tritt und der dabei widerrechtlich geschädigt wird. — Die Frage, ob der Notar dem Klienten vertraglich haftet, womit zugleich die Anwendbarkeit des § 278 entschieden ist, kann nur das Landesrecht beantworten (776/8). Für das geltende bayerische Recht verneint er sie. Die Haftung ist hier eine rein außerkontraktliche (§§ 839—823 ff. bis 831). Über die besonderen bayerischen Bestimmungen a. a. O. 778 ff.

b) Priester, Die zivilrechtliche Haftpflicht des Rechtsanwalts und Notars 34 ff.: Da der Notar sowohl als Beamter gilt als auch als Beauftragter seines Klienten, so kann er sowohl für solche Versehen, die er selbst bei Ausübung seiner Amtspflicht begeht, haftbar werden, als auch für solche, die sein Gehilfe begeht, sei es nach §§ 831, 840, sei es nach § 278 (35). Der Bureauvorsteher ist Gehilfe des Notars nach § 278. Nach allgemeinem Geschäftsgebrauche pflegt die Vorbereitung einfacher Akte in seiner Hand zu liegen. Eine Unterscheidung, wonach der Schuldner nicht für den Gehilfen bei Ausübung seiner Befugnisse zu haften habe (Dernburg), ist nicht möglich. Jedenfalls verwendet der Notar die Gehilfen auch zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten. Unerheblich ist, ob die Vollmacht etwa ausdrücklich nur für Angelegenheiten des Anwaltsberufes erteilt worden ist. —

Über die Frage, ob durch die Annahme eines Auftrags durch den Bureauvorsteher ein Rechtsverhältnis mit dem Notar selbst geschaffen wird, mit besonderer Rücksicht auf die bekannten Fälle — s. JDR. **2** § 278 Ziff. 6 (39 ff.). Aus tatsächlichen Gründen jedes Einzelfalls ist anzunehmen, daß ein Notar seinen Bureauvorsteher generell zur Entgegennahme von Aufträgen zu Wechselprotesten bevollmächtigt habe, so daß auch die Annahme des Auftrags garantiert ist (41). Gegen die Auffassung, daß ein persönlicher Vertrag mit dem Bureauvorsteher zustande kommt (41—43).

6. Gerichtsvollzieher. Vgl. JDR. **2** Ziff. 7 zu § 276.

a) Simon, Stellung der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamter in Württemberg gegenüber dem Gläubiger und Haftung der Gemeinden gegenüber dem letzteren für Pflichtwidrigkeiten des beauftragten Gerichtsvollziehers, BoschersZ. **46** 211—216: In Württemberg ist der Gerichtsvollzieher Gemeindebeamter. Dem Gläubiger gegenüber tritt er in das Verhältnis des § 675; er haftet für jedes Verschulden (§§ 675, 276). Die an sich denkbare Haftungsmöglichkeit der Gemeinden aus § 278 entfällt mit Rücksicht darauf, daß die Gemeinde niemals Schuldnerin des den Gerichtsvollzieher beauftragenden Gläubigers ist. Weder Staat noch Gemeinde treten mit dem Gläubiger in ein privatrechtliches Verhältnis. Es wird ein solches lediglich zwischen einem öffentliche Gewalt ausübenden Beamten und dem Gläubiger begründet. Daher ist auch eine Haftung der Gemeinden gemäß §§ 31, 89 ausgeschlossen, ebenso aus § 831 in den Fällen der §§ 823 ff., 839 (214—216).

b) Vierhaus, BuschsZ. **33** 432 bemerkt mit Beziehung auf Rottmann, Handbuch für den Gerichtsvollzieherdienst 15 ff. (Bayern), der an der Doppelstellung des Gerichtsvollziehers gemäß dem Plenarbeschlusse des **RG. 16** 396 festhält: Es mag dahingestellt bleiben, ob der Beschluß für die frühere preußische Organisation richtig war; in Bayern fehlt jedenfalls jetzt ein für das zivilrechtliche Verhältnis unerläßliches Moment; es ist der Partei die Wahl entzogen, mit welchem Gerichtsvollzieher sie „kontrahieren“ will, der Auftrag wird an die Behörde erteilt, die durch diese Theorie gebotene Differenzrichtung der Haftung nach §§ 675, 276 — und § 839 ist lediglich auf diese theoretische Konstruktion angewiesen. Übrigens behandelt das **RG. 51** 258 einen Schadensfall lediglich nach § 839, ohne des § 675 auch nur zu gedenken.

7. Aus der Rechtsprechung. Einzelne Fälle. S. JDR. **1** zu § 278, insbes. aber JDR. **2** Ziff. 9 zu § 278.

a) Haftung des Mündels für den Vormund. BayObLG. **4** 728: Ein Verschulden des Vormundes hat der Mündel in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

b) Mieter und Vermieter.

α. AG. I u. LG. I Berlin, KGBl. **04** 72/3, IstdstI.Rdsch. **04** 245 bejahen die Pflicht des Vermieters, für Beschädigungen einzustehen, die an Sachen des Mieters durch Handwerker, welche Ausbesserungen am Hause vornehmen, verursacht werden. (Zerbrechen des Glasschildes eines Mieters bei Gelegenheit von Reparaturen an der Einfahrt eines Hauses.) Eine Erfüllungshandlung liegt auch dann vor, wenn es sich um die Verpflichtung des Schuldners handelt, den Eintritt von Umständen zu verhüten, welche die vereinbarte Leistung auch nur zeitweise unmöglich machen.

β. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 901 ff.: Der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache umfaßt die ungefährdete Benutzung namentlich auch der nicht ausdrücklich mitvermieteten Flure und Treppen. Für die Herstellung eines gefahrlosen Durchganges durch den Hausflur für die Mieter muß der Vermieter zufolge des Mietvertrags sorgen, und zwar während jeder Tages-, nötigenfalls auch die Nachtzeit hindurch. Daher ist für seine Hilfspersonen § 278 und nicht § 831 maßgebend. (S. auch u. zu § 536.) — Gegen den Vertragsgesichtspunkt s. o. Werner Ziff. 3c.

γ. BreslAK. **04** 26/7 (AG. Breslau, vom LG. bestätigt): Haftung des Vermieters gemäß §§ 276, 278 für Schaden, den der Mieter durch Bruch eines Wasserrohres erleidet. Wenn die betr. Hilfsperson (Sohn des Hauseigentümers) auch nicht im allgemeinen mit der Hausverwaltung betraut war, so ist doch § 278 gegeben, wenn sich der Eigentümer ihrer zur Übermittelung von Wünschen der Mieter, des Haushälters und auch sonst zur Überwachung des Zustandes des Hauses bediente, indem der betreffende alles, was ihm für die Erhaltung des Hauses wesentlich scheine, dem Eigentümer mitteilen und dessen Aufträge zur Abstellung etwaiger Mängel einholen mußte.

c) Haftung aus Werkvertrag für Nebenarbeiten der Gehilfen.

α. LG. Heidelberg, BadRpr. **04** 163/4: Haftung für eine Hilfsperson aus einem Werkvertrage. Verpflichtung, nicht nur den betr. Gegenstand (eine Säule, an der Bretter anzubringen waren), sondern auch seine nächste Umgebung, d. h. diejenigen Gebäudeteile nicht zu verletzen, welche bei jeder Arbeit an der Säule der Gefahr unmittelbarer Einwirkungen ausgesetzt sind, also z. B. eine nur wenige Zentimeter entfernte Glasscheibe.

β. **RG.** SeuffA. **59** 310 ff.: Feststellung einer an einem Orte bestehenden Verkehrssitte, die in der Bestellung eines Gesellen zur Verrichtung einer dem Meister angedungenen Arbeit die Ermächtigung des Gesellen zur Entgegennahme anderweiter Aufträge innerhalb gewisser Grenzen erblickt. Der Meister kann sich ohne Verletzung von Treu und Glauben nicht darauf berufen, daß er von der Übung nichts gewußt habe. (Haftung des Meisters für einen Unfall, der infolge schuldhaft falscher Anlegung einer Gasrohrleitung durch einen Gesellen entstand, zu dessen Anlegung dieser den Auftrag in der Wohnung des Auftraggebers nach Vollendung der ersten ursprünglich allein mit dem Meister vereinbarten Arbeit erhalten hatte.)

d) Girovertrag. **RG. 56** 413: Haftung des Girokunden für unsorgfältiges oder unredliches Verhalten seines Buchhalters, dessen er sich zur Erfüllung seiner Prüfungspflicht bezüglich der Eintragung in das Kontobuch bedient.

e) Verschulden von Prozeßbevollmächtigten.

α. Allgemein.

RG. RheinArch. **04** 100 ff.: Das Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten muß die Partei vertreten, und es macht keinen Unterschied, ob der Vertreter frei gewählt oder ob er ihm vom Gerichte als Armenanwalt beigeordnet ist.

β. Gegenüber der ersatzpflichtigen Versicherungsgesellschaft.

RG. RheinArch. **04** 103: Ob der § 278 auf ein Verschulden Anwendung finden kann, das dem Prozeßbevollmächtigten bei Führung eines Prozesses, der einen von der Versicherungsgesellschaft eventuell zu vergütenden Schaden zum Gegenstande hat, zur Last fällt, bleibt dahingestellt, weil es zweifelhaft ist, ob der Versicherte sich bei der Klagerhebung seines Prozeßbevollmächtigten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, da er dazu der Gesellschaft gegenüber nicht verpflichtet ist, er vielmehr nur das Recht zur Klage hat und die Gesellschaft durch die Nichtausübung dieses Rechtes nicht geschädigt wird; es handelt sich um die Erfüllung einer Vertragsbedingung, bei deren Ausfall der Versicherungsanspruch inhalts des Vertrags erlöschen soll.

f) Aufstellung des Verzeichnisses durch den Versicherten beim Eintritt des Versicherungsfalls.

RG. 58 344/6, JW. **04** 482 ff. Nr. 4, SchlHolstAnz. **04** 309: Die Aufstellung eines durch den Versicherten beim Eintritte des Versicherungsfalls aufzustellenden Verzeichnisses stellt sich nicht als Erfüllung einer Verbindlichkeit dar, es liegt lediglich eine Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs aus dem Versicherungsvertrage vor. § 278 ist daher nicht anwendbar. Es kommt im Falle der Vertretung der dem § 166 Satz 1 und den gleichartigen Vorschriften des älteren Rechtes zugrunde liegende Gedanke auch hier zur Geltung. (S. auch oben zu § 166 Ziff. 2 c.) In gleichem Sinne OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 20 bis 21, das von obiger RG.Entscheidung bestätigt wird.

g) Frachtvertrag.

RG. EisenbE. **20** 351, Holdheims MSchr. **04** 162: Pflicht zur Bereitstellung einer zweckentsprechenden Ladebrücke gehört zu den Verbindlichkeiten aus dem Frachtvertrage gemäß § 459 Abs. 1 Nr. 3 HGB., ebenso wie die Herstellung von Rampen. Haftung gemäß § 278.

h) Schleppschiffahrtsvertrag.

RG. 56 362, HansGerZ. **04** Hauptbl. 132: Die Frage, ob bei einer locatio navis et operarum magistri et nauticorum der Vermieter des Schiffes bereits auf Grund des Dienstverschaffungsvertrags dem Mieter für Nachlässigkeit seines Schiffers bei Leistung der versprochenen Dienste nach § 278 einzustehen hat, ist zweifelhaft. (Vgl. im übrigen zu §§ 2 BSchG. und 510 HGB.) OLG. Hamburg, HansGerZ. a. a. O. 17, das durch das RG. aufgehoben worden ist, verneint die Frage. — Ebenso a. a. O. 32 und SeuffA. **59** 220: Die Vermieter von Schiffen zu Hebezwecken, welche daneben noch Bedienung zu stellen verpflichtet sind, erfüllen durch Stellung nur ihre vertragliche Pflicht; zu Dienstverrichtungen bestellt sie der Mieter.

OLG. Köln, RheinArch. **04** 126 ff. über die Nichtverantwortlichkeit des Eigentümers eines geschleppten Schiffes für ein Verschulden der Besatzung des Schleppdampfers. (S. unten zu § 831.)

Vgl. auch OLG. 9 34, HansGerZ. **04** Hauptbl. 200 (Hamburg): Haftung des Mieters eines Leichters für die Bemannung.

i) Transportverträge. S. JDR. **2** § 278 Ziff. 9e.

OLG. Königsberg, PosMschr. **04** 139—140: Der Mieter eines Dreschsatzes (Dreschmaschine, Dreschkasten) haftet gemäß § 278 für das Verschulden der Leute (Inspektor, Kutscher), denen er sich zum Transport der Lokomobile beim Abholen bedient. (S. auch unten zu § 535 und § 611.)

k) Haftung des Eisenbahnfiskus.

RG. Gruchots Beitr. **48** 885 ff., JW. **04** 358 Nr. 10, R. **04** 445 Nr. 1775: Haftung des Eisenbahnfiskus für eine durch den Bahnhofsportier zugefügte Verletzung, der einen betrunkenen Reisenden gewaltsam entfernte und dadurch eine

Frau, die die Perronsperre verlassen wollte, zu Fall brachte. Verletzung der dem reisenden Publikum geschuldeten Rücksicht und der Verpflichtung der Eisenbahnverwaltung, ihm das ungehinderte Verlassen des Bahnhofs zu ermöglichen. Ausübung des Hausrechts, nicht etwa polizeilicher Befugnisse. (HGB. § 472; § 9 EisbVerkO.). — Weitere Fälle der Haftung des Eisenbahnfiskus s. JDR. **2** § 278 Ziff. 9e unter β und oben zu Ziff. 2b.

l) Fahrstuhlunfall im Ballhaus.

RG. JW. **04** 383 Nr. 4, R. **04** 445 Nr. 1776: Haftung für Unfall bei Beförderung durch den Fahrstuhl innerhalb eines Ballhauses in die Ballräume. Der Vertrag, den der Ballbesucher mit dem Kassierer als Vertreter des Inhabers abschließt, erstreckt sich auch auf die Benutzung der Fahrstuhlanlage. Die Hauptleistung stellt auf der einen Seite die in den Ballräumen gebotene Unterhaltung, auf der des Gastes die Gewährung eines entsprechenden Verdienstes durch angemessenen Verzehr dar. Die Beförderung der Gäste in die Ballräume gehört schon zu den Verbindlichkeiten, die der Inhaber durch den Vertragsschluß übernimmt, der mit dem Einlasse des Gastes an der Kasse erfolgt; dieser Teil des Vertrags stellt eine Nebenleistung innerhalb der gesamten Vertragsleistung dar. Der Umstand, daß wegen vorgerückter Stunde das — mehr zur Abwehr nicht zahlungsfähiger Gäste dienende — Eintrittsgeld nicht erhoben ist, ändert nichts am Inhalte und an der Natur des Vertrags.

m) Unfall in einer Ausstellung.

RG. Gruchots Beitr. **48** 882 ff.: Zwischen den ein Eintrittsgeld erhebenden Veranstaltern einer landwirtschaftlichen Ausstellung und dem Besucher kommt ein Vertrag dahin zustande, daß sie ihm den Besuch der Ausstellung darbieten und daß ein gefahrloser Besuch möglich sei. (Haftung wegen unsicherer, mit losen Brettern überdeckter Wege.)

n) Theaterunfall. Haftung für Schauspieler.

RG. JW. **04** 549 Nr. 3, DJZ. **04** 1137 Nr. 93: Die Personen, welche die programmmäßige Theatervorstellung zur Ausführung bringen, erfüllen eine Verbindlichkeit des Unternehmers und erscheinen, wenn sie auf Veranlassung des Unternehmers handeln, als Personen, deren der Schuldner sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Ob sie in der Ausführung selbständig sind, ist unmaßgeblich; im Hinblick auf die Erfüllung der Schuldverbindlichkeit des Unternehmers dem Theaterbesucher gegenüber bleiben sie gleichwohl im Sinne des § 278 Hilfspersonen. — Hierdurch bestätigt OLG. **8** 431 ff. (Dresden): Unfall in einem Variététheater durch Zerspringen und Explosion einer zu stark mit Kohlensäure gefüllten Flasche; zur Darstellung der von dem betr. Artisten vorgeführten Szene, „also zur Erfüllung des auf ihn entfallenden Teiles der Vertragserfüllung", des Unternehmers hatte er sich der Flasche bedient.

o) Schulunfall.

RG. Gruchots Beitr. **48** 904 ff.: Haftung einer politischen Gemeinde (Deutsch-Wilmersdorf) als Trägerin der öffentlich-rechtlichen Schulpflicht für Unterlassungen der mit der Leitung des Baues und der Einrichtung der Schule betrauten technischen Beamten aus Anlaß eines durch Herabstürzen einer Tafel verursachten Unfalls einer Lehrerin. (S. auch unten zu § 611.) — S. auch **RG.** ebenda 349. (S. näheres über diese Entscheidung u. zu §§ 611, 618.)

p) Abortunfall.

RG. Gruchots Beitr. **48** 346 ff., PreußVerwBl. **25** 527, EisenbE. **20** 328, R. **04** 17 Nr. 20: Herstellung und Erfüllung gefahrloser Zugänge zum Abort innerhalb des Vertragsverhältnisses (§ 278). S. im übrigen zu § 618.

q) OLG. Königsberg, SeuffA. **59** 440 ff.: Keine Haftung des Stallwirts bei Verschulden des Hausknechts. (S. im übrigen unten zu § 701.)

r) Über die Anwendbarkeit des § 278 auf die Rechte aus Art. 184 EG. BGB. s. oben zu § 254 **RG. 56** 381.

§ 279. 1. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung 6/7: Ist die bereit gehaltene Sache aus der Gattung ausgesondert, so geht auch bei bloßem wörtlichen zulässigen Angebot die Gefahr mit Eintritt des Verzugs auf den Gläubiger über.

2. **RG. 57** 116 ff., JW. **04** 200 Nr. 10, HansGerZ. **04** Hauptbl. 186 ff., DJZ. **04** 459 Nr. 41, R. **04** 281 Nr. 126 (s. auch oben zu § 242 Ziff. 1 c): § 279 ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß nur der Untergang der ganzen Gattung den Schuldner befreit, im übrigen aber dieser schlechthin und allein die Gefahr eines solchen zufälligen Ereignisses zu vertreten habe. Es genügt, daß die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art so schwierig geworden ist, daß sie billigerweise niemandem zugemutet werden kann. Das ergibt sich aus § 242. Sie muß mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden sein, daß diese nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden. (Untergang einer Mühle mit allen Vorräten an hergestellter Ware durch Brand. Vertrag über Lieferung von Baumwollensaatmehl besonderer Marke und Herstellungsart.) S. dazu JDR. **1** zu § 279 Ziff. 1 Abs. 3, 4, **2** Ziff. 1.

3. **RG. 57** 402, JW. **04** 286 Nr. 5, FrankfRundsch. **38** 65 ff.: Befreiung des Gattungsschuldners gemäß §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2 — s. o. zu § 243 Ziff. 3 b.

4. OLG. Braunschweig, DJZ. **04** 752: Ein ausbrechender Arbeiterstreik befreit an sich den Lieferanten nicht von der rechtzeitigen Lieferung. Wird aber eine Streikklausel vereinbart, wonach der Lieferant für die Dauer und den Umfang der durch Streik oder Massenkündigung notwendig werdenden Einschränkung der Produktion von der Pflicht zur rechtzeitigen Lieferung entbunden sein soll, so bewirkt dies, daß er während der Dauer des Streiks nicht in Verzug kommt und seinen vertragsmäßigen Anspruch auf Abnahme rückständig gebliebener Lieferungsposten auch über die bedungene Lieferzeit hinaus behält, der Empfänger aber u. U. selbst in angemessener Zeit nach Beendigung des Streiks die Lieferung fordern kann.

§ 280. 1. Sellner, Zur Behandlung sogenannter Eventualanträge, SeuffBl. **04** 493 ff.: BGB. §§ 280, 325, — 283, 326, — 249, 251 enthalten generelle Vorschriften über die Voraussetzungen, unter welchen ein Anspruch in einen anderen, insbesondere auf Geldzahlung, übergehen kann. Für den Fall der nachfolgenden Unmöglichkeit einer dieser Leistungen kann sofort Urteil auf Geldersatz nach §§ 280, 325 ergehen, und es kann diese Verurteilung mit dem Urteil auf die primäre Leistung verbunden werden. Im Falle des § 280 Abs. 2 muß der Gläubiger, will er sich sein Recht bereits im Vollstreckungstitel sichern, nachweisen, daß diese Voraussetzungen für den Fall des Eintritts einer nur teilweisen Unmöglichkeit vorliegen.

2. OLG. **8** 433, HansGerZ. **04** Beibl. 134/5 (Hamburg): Pflicht zum Ersatze des Schadens wegen Nichterfüllung, gemäß § 280, wenn die subjektive Unmöglichkeit im Sinne des Abs. 1 die Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes ist. (Schuldner hatte an einen Dritten das von dem Gläubiger verkaufte Grundstück aufgelassen.) Nicht notwendig, erst, wie Planck (Anm. 3 zu § 286) will, im Falle subjektiver Unmöglichkeit zunächst nach § 249 Erfüllung zu verlangen und den Anspruch auf Geldentschädigung erst nach Setzung einer Frist zur Bewirkung der Erfüllung geltend zu machen. Der im § 280 gegebene Anspruch steht begrifflich im Gegensatze zu dem Anspruch auf Erfüllung.

§ 281. 1. Titze, KrVSchr. **45** 380 ff., stimmt Kisch, Unmöglichkeit 198/99 — s. auch IDR. **1** zu § 281 Ziff. 1 — zu, der sich streng an das Wort „Ersatz“ hält und aus dem Umstande, daß man von „Ersatz“ nur da sprechen kann, wo zuvor ein „Schaden eingetreten ist, daß der § 281 keine Anwendung leidet, wo die Unmöglichkeit der Leistung verursacht ist durch ein von dem Schuldner mit einer dritten Person abgeschlossenes Rechtsgeschäft, insoweit seine eigene gegenteilige Ansicht, Unmöglichkeit 117/8, berichtigend. Er hält jedoch daran fest, daß § 281 an sich nur bei Austauschobligationen anwendbar ist, also nur da, wo der Gläubiger ein Recht auf die Sache oder den Gegenstand selbst, auf deren „Herausgabe“ hatte und Kischs Ansicht (205), daß der § 281 doch Anwendung finde, wenn der Schuldner für die Entziehung des Gebrauchs oder für die Minderung der Gebrauchsfähigkeit der Sache einen Ersatzanspruch erlangt habe und der Vertrag gerade auf Gewährung dieses Gebrauchs gerichtet war, für unrichtig.

Bezüglich der Beweislastverteilung hält er Kischs Ansicht (214), nach der der Gläubiger nicht nur zu beweisen habe, daß der Schuldner einen Ersatz erlangt habe, sondern auch, wie hoch sich dieser belaufe, für unrichtig. Es bewirkt im Falle einer Unmöglichkeit der Leistung das Fehlen eines jeglichen commodum die völlige Inhaltslosigkeit des Schuldverhältnisses. Den Beweis zu führen, daß ein Schuldverhältnis inhaltsleer geworden ist, ist Sache des Schuldners. Darum hat der Schuldner, wenn es streitig ist, ob er ein commodum erhalten habe, dessen Nichtexistenz darzutun. Nur muß der Gläubiger das Vorhandensein eines bestimmten commodum behaupten.

Das Wahlrecht aus § 281 hält er im Gegensatze zu Kisch für eine facultas alternativa.

2. **RG. 56** 358 (s. oben zu § 241 Ziff. 3): In vielen Fällen wird der durch die Verletzung eines obligatorischen Rechtes durch einen Dritten Geschädigte auf dem Umweg des § 281 zum Ersatze seines Schadens gelangen.

3. *Spieß, Grundstückzusammenlegung, ZBlFrG. **4** 662, 663: Ein Ersatzstück der im § 281 bezeichneten Art ist auch die Abfindung, die der Schuldner für ein den Gegenstand einer persönlichen Verpflichtung bildendes Grundstück in einem preußischen Zusammenlegungsverfahren erhält.

Ob der durch ein solches Verfahren in die Unmöglichkeit zu erfüllen versetzte Schuldner diese zu vertreten hat, hängt davon ab, ob er namens des betreffenden Grundstücks der Einleitung des Verfahrens zugestimmt oder aber widersprochen hat.

4. OLG. Köln, Puchelts Z. **35** 72 ff., RheinArch. **04** 131 ff.: Daß das für den Aussonderungsanspruch bestimmte Surrogationsprinzip entsprechende Anwendung auf den durch das Pfandrecht begründeten Absonderungsanspruch findet, ergibt sich auch aus dem § 281.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 592: Ersatzanspruch des Mieters gegen den Vermieter wegen unberechtigter Ausübung des Pfandrechts (§ 559). Beweislast des Vermieters, daß er die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten habe (§ 282).

§ 283. 1. OLG. **8** 434/5 (Dresden): Der Gläubiger ist auch bei einer von Haus aus vorhandenen subjektiven Unmöglichkeit der Leistung, wenn auch nicht verpflichtet, so doch jedenfalls berechtigt, die Klage auf den ursprünglichen Vertragsgegenstand zu richten und schließlich den Weg aus § 283 zu beschreiten. Der Gläubiger hat ein Wahlrecht zwischen Leistungs- und Ersatzklage. Dies liegt im Interesse des Verkehrs und in demjenigen der dem Gläubiger gebührenden Rechtssicherheit. Die subjektive Unmöglichkeit der Leistung beruht auf den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, deren Kenntnis dem Gläubiger

häufig verschlossen ist. Es muß daher dem Schuldner der Leistungsklage gegenüber die Bezugnahme auf die subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung versagt werden. Der Gläubiger wird also die Ersatzklage anstrengen, wenn die subjektive Unmöglichkeit der Leistung ohne weiteres feststeht oder unschwer zu beweisen ist, wenn aber die Verhältnisse, von denen die Leistungsfähigkeit des Schuldners abhängt, nicht ganz durchsichtig sind, die Leistungsklage erheben und die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners erwirken. Leistet dieser nicht, so kann er nach § 283 Schadensersatz fordern, ohne erst die subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung dartun zu müssen. Die Rechtsverfolgung zugunsten des Gläubigers ist schon deshalb möglichst elastisch zu gestalten, weil es sich um Verhältnisse handelt, die in der Regel Schwankungen und Veränderungen unterworfen sind, so daß sich, was heute unmöglich erscheint, schließlich doch noch als ausführbar herausstellt, und umgekehrt. (Es gelten die gleichen Erwägungen wie für die hinterher eingetretene subjektive Unmöglichkeit. RG. 54 28.)

2. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. 1 49/50: Bei Ansprüchen aus nicht gegenseitigen Verträgen muß der Gläubiger in der Regel erst die Klage auf Realleistung anstrengen und kann erst, nach Erwirkung eines diesbezüglichen rechtskräftigen Urteils, diesen Anspruch durch Setzung einer sogen. Frist in einen Schadensersatzanspruch umwandeln. Nur ausnahmsweise — gemäß §§ 286 Abs. 2, 299 — ist dem Gläubiger schon vorher ein Schadensersatzanspruch eingeräumt.

§ 284. 1. Anwendungsgebiet des § 284. Grenzen. Heilung des Verzugs.

a) Gegenseitige Verträge. OLG. Breslau, R. 04 385 Nr. 1692: Bei gegenseitigen Verträgen führt der Annahmeverzug des Gläubigers zugleich zu dessen Leistungsverzug. Die Zeit der Leistung tritt bei gestundetem Kaufgeld mit dem Ablaufe des Zieles ein. In dem gehörigen Angebote der Ware liegt die Kündigung des Kaufpreises.

b) Einfluß des Zurückbehaltungsrechts. Allgemeines. *Schlegelberger: Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts kann, selbst wenn man sie als Mahnung auffassen könnte, einen Leistungsverzug des Gläubigers hinsichtlich der Gegenleistung nicht begründen, denn auch dem Gläubiger der Hauptforderung würde die aufschiebende Einrede des Zurückbehaltungsrechts zustehen, wenn der Schuldner seine Gegenforderung zuerst als Hauptforderung geltend machen kann.

c) Verträge auf Abruf. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 04 199: Ist bei Verträgen mit Lieferungspflicht auf Abruf dieser noch nicht erfolgt, so kommen die §§ 293, 304 und ein Annahmeverzug des Gläubigers nicht in Frage. (Die Schadensersatzpflicht folgt ev. aus §§ 289 u. 326. S. auch u. Ziff. 2 b γ.

d) Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter. *Kähler 53: Verzug bei Entschädigung für Strafe ꝛc. nur möglich, nachdem über den Anspruch nach Grund und Höhe rechtskräftig entschieden ist.

e) Heilung. RG. R. 04 601 Nr. 2593: Das BGB. enthält zwar über die Heilung des Annahmeverzugs ebensowenig wie über die des Erfüllungsverzugs Vorschriften. Es folgt aber aus dem Wesen des Schuldverzugs und seinen Wirkungen von selbst, daß er für die Zukunft aufhört, wenn der Schuldner das Versäumte nachholt.

2. Die Mahnung. S. JDR. 1 zu § 284 Ziff. 3 u. 6, 2 zu § 284 Ziff. 6.

a) Rechtsnatur. *E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 170 ff.: Die Mahnung ist weder Rechtsgeschäft noch Rechtshandlung, sondern

gehört einer selbständigen Kategorie der rechtserheblichen Handlungen an. Sie ist Willenserklärung mit Eventualrechtserfolg oder Eventualgeschäft. Was ihre Bedingbarkeit anlangt, so ist sie relativ bedingungsfeindlich (vgl. zu § 158 BGB.). Über die Rechtsnatur der Mahnung s. a. IDR. **1** zu § 284 Ziff. 3, **2** Ziff. 6 b.

b) Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. Auslegung von Erklärungen.

α. OLG. Darmstadt, HessRspr. 5 27, R. **04** 528 Nr. 2208: Wer nur erklärt, für zukünftige Dispositionserklärung dankbar zu sein, in ihr ein freundliches Entgegenkommen erblicken will, der sendet keine Mahnung mit der Wirkung der Inverzugsetzung. Die Mahnung muß bestimmt in nicht verletzender Form zum Ausdrucke kommen. (In dem betr. Schreiben fehlte jeder Hinweis auf die eventuelle Geltendmachung von Rechten.)

β. PrOVG. **43** 195: Eine Aufforderung zur Zahlung ist in der Zustellung einer Rechnung an sich nicht enthalten, wohl aber in der Übersendung einer Berechnung „mit der Bitte, wegen Erstattung des Wertes das Weitere zu veranlassen".

γ. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 199: Bei Verträgen mit Lieferungspflicht auf Abruf stellt sich die Erklärung des Lieferanten, in der er sich über den Warenbezug des anderen Teiles von anderen beklagt, als eine Mahnung des Gläubigers an den zum Abruf verpflichteten Schuldner dar, durch die dieser mit dem Abruf in Verzug kommt. (S. auch o. zu 1 c.)

δ. **RG.** IW. **04** Nr. 589: Erfordernisse der Mahnung usw. gemäß §§ 284, 288 bei Unterhaltsansprüchen.

c) plus petitio. S. IDR. **1** § 284 Ziff. 2, **2** Ziff. 6 a. **RG.** SeuffA. **59** 388 ff., HoldheimsMschr. **04** 186 ff., ElsLothrIZ. **29** 401/2, R. **04** 136 Nr. 583: Die Frage, ob bei sukzessiven Lieferungsgeschäften ein Abruf auf Lieferung „gegen Mitte nächsten Monats" als eine Zeitbestimmung nach Abs. 2 angesehen werden kann, wird dahingestellt gelassen. — Der Fall, daß der Abrufende wegen einer Modalität seiner Gegenleistung eine unrichtige Auffassung vertritt, ist rechtlich nicht dem Falle gleichgestellt, daß der Abruf selbst in bezug auf die abgerufene Leistung eine Mehrforderung enthält. Für den Fall der plus petitio gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze, die für die Unwirksamkeit einer Mahnung nach § 284 im Falle einer Mehrforderung gelten. Gegen Planck (Anm. 4 zu § 284) und Düringer-Hachenburg (HGB. II 125/6) ist mit Rehbein (II 120 Anm. 119) zu prüfen, ob auch die richtige Mahnung nicht gefruchtet hätte, und wie sich der Schuldner der Mahnung gegenüber verhält, da sonst ein weites Feld für die Schikane gegeben wäre.

d) Pflicht des Schuldners zur Anbietung der Leistung. OLG. Posen, PosMschr. **04** 103, R. **04** 528 Nr. 2209: Wenn Klage oder Mahnung deutlich erkennen lassen, welche Forderung erfüllt werden soll, so hat der Schuldner anzubieten, was er in Wirklichkeit schuldet.

e) Unerlaubte Handlungen. OLG. **9** 282, SeuffA. **59** 453, SchlHolstAnz. **04** 200 (Kiel): Bei Herausgabeansprüchen aus unerlaubter Handlung bedarf es einer Mahnung nicht (fur semper in mora). Schon durch Vornahme der unerlaubten Handlung versetzt sich der Täter in dieselbe Lage, in der sich ein vom Gläubiger ordnungsmäßig gemahnter Schuldner befindet.

3. Kündigung.

a) KGR. Schneider, Über Forderungskündigung, R. **04** 592 ff., 621 ff., weist darauf hin, daß im Geschäftsverkehr — abweichend von den §§ 271 und 609 — in vielen Fällen, namentlich bei größeren, hypothekarisch zu sichernden Beträgen ohne Rücksicht auf den Schuldgrund bestimmte Kündigungsfristen ver-

tragsmäßig bedungen werden und zugunsten des Schuldners der Beginn der Kündbarkeit auch noch unter gewissen Bedingungen hinausgeschoben wird, und auf ähnliche Fälle. In all diesen Fällen ist die zeitliche Unkündbarkeit oder Stundung der Forderung auflösend bedingt. Von selbst versteht es sich, daß die Bestimmung „bis zum 1. Juli 1903 ist das Recht halbjähriger Kündigung ausgeschlossen" sich auf die Kündigung und nicht auf die Fälligkeit bezieht, so daß das Kapital erst am 1. 7. 03 gekündigt, also frühestens für 1. 1. 04 fällig gemacht werden kann.

Sofern die weitere Stundung oder die Nichtkündbarkeit von rechtzeitiger Zinszahlung abhängig gemacht ist, führt jedenfalls Zinszahlungsverzug die Fälligkeit oder Kündbarkeit herbei. § 285 fordert kein Verschulden, sondern läßt höchstens den Entschuldigungsbeweis zu. Über einzelne Fälle, wann die Nichtzahlung entschuldigt sein kann, s. a. a. O. 593. S. ferner das. 594 über den Einfluß der Rückwirkung der Aufrechnung auf die Zins- und Verzugsfrage. — Ausdrückliche Stundung der Zinsen kann als Verzicht auf das Kündigungs- oder Fälligkeitsrecht angesehen werden, bei ungenauer zeitlicher Stundung ist vorgängige Mahnung und kurze Nachfristsetzung des Gläubigers im Zweifel geboten (621). — Über die Fragen, wann, wie, von wem und wem gekündigt werden muß, und ob und wie eine nicht vorschriftsmäßige Kündigung geheilt werden kann, s. Einzelheiten a. a. O. 622/3.

b) OLG. Colmar, R. **04** 281 Nr. 1269: Die rechtmäßige Kündigung ist kein Vertragsanerbieten, sondern eine einseitige Willenserklärung, durch welche ein Rechtsverhältnis zum Kündigungstermin aufgelöst wird. Auch die unberechtigte Kündigung kann diese Wirkung erlangen, wenn sie vom Gegner angenommen worden ist.

4. Aus der Rechtsprechung.

a) OLG. Breslau, R. **04** 17 Nr. 21: Wenn jemand „per bald" (in Schlesien = zur sofortigen Lieferung) Kartoffeln bestellt und der Verkäufer zusagt, bedarf es nach § 284 dennoch einer dem Verkäufer zugehenden Mahnung, um ihn in Verzug zu setzen.

b) **RG.** SeuffA. **59** 409/410: Der Veräußerer oder Erwerber kann den anderen Teil nur dadurch in Verzug setzen, daß er ihn auffordert, an einem zur Auflassung vor dem Grundbuchamte geeigneten Tage zu einer bestimmten Stunde vor dem Amte die Auflassungserklärung abzugeben oder anzugeben, wann er auf dem Amte anzutreffen sein werde. Erscheint dann der Aufgeforderte nicht zu bestimmter Zeit vor dem Amte und bestimmt er auch keinen Termin, so gerät er in Verzug, und der andere Teil kann auf Auflassung klagen. Die bloße ohne Bestimmung eines Termins zur Erklärung der Auflassung ergangene Aufforderung genügt nicht, um die Klage auf Auflassung zu begründen.

§ 285. 1. Hölder, KrVSchr. **45** 239/40 bekämpft Kipps Ansicht, daß Verzug durch entschuldbare Unkenntnis der Schuld ausgeschlossen werde (Windscheid-Kipp II 126) und seine Berufung auf §§ 285, 276 Abs. 1. Hölder führt aus: Die Vertretung des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit ist eine Vertretung der dadurch verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung, der nach § 275 Abs. 2 „das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung" gleichsteht; die Unmöglichkeit oder das Unvermögen ist der zu vertretende Umstand; daß die Leistung des Schuldners nach § 285 „infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat", bedeutet, daß sie wegen eines solchen Umstandes dem Schuldner nicht möglich war. Schließt die Unkenntnis der Schuld diese Möglichkeit nicht aus, so fällt die Frage der „Vertretung" weg.

2. Schneider, R. **04** 592 ff. (S. a. o. zu § 284 Ziff. 3 a.): Ist die Verpfändung der Forderung durch den Gläubiger an einen Dritten dem Schuldner

im allgemeinen bekannt, ohne daß ihm der für die Zinsen Empfangsberechtigte bekannt gegeben wurde oder Aufforderung zur Hinterlegung an ihn erging, so gerät der Schuldner bis zur Nachholung dieser Erklärungen nicht in Zinszahlungsverzug.

3. OLG. Breslau, R. **04** 334 Nr. 1471: Die aus verschiedenen Stößen vorzunehmende Sortierung der mit Tischlerware, Dielware, Bauware und Rüstware benannten Bretter erfordert ebensowohl die Mitwirkung des Verkäufers wie des Käufers. Ohne die vollzogene Sortierung ist von einer „Übernahme" nicht die Rede, der Kaufgegenstand bleibt bis dahin gemäß § 243 innerhalb des erzeugten Vorrats nur der Gattung nach bestimmt, und es kann mangels Vorhandenseins der für die Lieferung vorausgesetzten Ausscheidung infolge der unterlassenen Zuziehung der Verkäufer mit der Leistung nicht in Verzug kommen.

§ 286. 1. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 339 (s. auch unten Ziff. 3c): Der Berechtigte braucht nicht Mittel nach § 326 zu ergreifen, sondern kann beim Vertrag stehen bleiben und auf Nachholung der Leistung dringen, wofür er die ihm obliegende Gegenleistung bewirken muß. Geht er aber selbst vom Vertrage ab, so kann er auch den Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung nicht geltend machen. Denn dieser Anspruch wurzelt im Vertrage und setzt voraus, daß dessen Inhalt auch im übrigen bestehen bleibt.

2. Oertmann, Die Bedeutung der Rücktrittserklärung, SeuffBl. **04** 65 ff., bemerkt 73/74: Die Anwendbarkeit der Rücktrittsregeln im § 286 kann man in doppelter Weise erklären: entweder man erblickt hier (mit Kuhlenbeck) eine Ausnahme von der vertragsaufhebenden Kraft des Rücktritts, oder man hält dafür, daß § 286 doch nicht einen eigentlichen Rücktrittsfall vorstelle. — So Oertmann: Die Leistungsablehnung hat hier offenbar nur die mindere Bedeutung, den Inhalt des Schuldverhältnisses zu ändern, nicht die weitere, es ganz zu beseitigen.

3. Aus der Rechtsprechung.

a) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 264: Kommt es zum Prozeß, so können dem säumigen Schuldner nicht neben den Prozeßkosten auch noch die Kosten einer vorangegangenen außergerichtlichen Mahnung aufgebürdet werden. (Ebenso a. a. O. **00** Nr. 140). Ist aber die Mahnung von Erfolg, so sind die Kosten als Verzugsschaden zu ersetzen. Zahlt ein säumiger Schuldner auch ohne Mahnung, aber erst, nachdem der Gläubiger einen Rechtsanwalt in Anspruch genommen, so sind diese außergerichtlichen Kosten im besonderen Prozeß einzufordern. — S. ferner IDR. **2** zu § 286 Ziff. 4. —

b) **RG.** IW. **04** 198 ff. Nr. 7: Beim Gattungskauf darf der Käufer, der behauptet, die gelieferte, noch nicht angenommene Ware sei wegen Fehlens einer zugesagten Eigenschaft vertragswidrig, die Ware als Nichterfüllung zurückweisen. Ist die Zurückweisung berechtigt, so bleibt der Verkäufer, soweit die übrigen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorliegen, in Leistungsverzug, und dem Käufer stehen bis zur Annahme der Ware die Rechte aus dem Leistungsverzuge zu. Wenn aber der Käufer einer Gattungssache nach Lieferung mangelhafter Ware diese als Nichterfüllung zurückweisen und auf die Rechte aus dem Leistungsverzuge gegen den Verkäufer zurückgreifen will, so muß das klar und unzweideutig geschehen. — Ebenso **RG.** ElsLothrIZ. **29** 641 R. **04** 221 Nr. 1026. —

c) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 337 (s. auch o. Ziff. 1): Erklärt sich der Gläubiger bereit, eine verspätete Lieferung noch als Erfüllung anzunehmen, so gibt er damit zu erkennen, daß sein Interesse an der Erfüllung des Vertrags nicht durch den Verzug des Schuldners beseitigt ist, so daß die Voraussetzungen der §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 nicht gegeben sind.

§ 287. 1. *Franz Leonhard, Beweislast 265/6: Der Kläger hat zu beweisen, daß der Untergang im Falle rechtzeitiger Leistung nicht eingetreten wäre.

2. **RG. 57** 406 (s. o. zu § 243 Ziff. 1, § 262 Ziff. 4): Der § 287 paßt nicht auf den Abnahmeverzug nach § 433 Abs. 2. Er läßt sich nur auf den Schuldner anwenden, welcher eine Sache zu leisten hat, die durch einen Zufall, wie einen Brand, untergehen kann, so daß der Schuldner in die Unmöglichkeit versetzt wird, die ihm obliegende Leistung der Sache zu bewirken.

§ 288. Unger, GrünhutsZ. **31** 107 ff. — s. auch o. zu §§ 241 ff. Ziff. 1a — erörtert eingehend die Frage, ob der mit einer öffentlich-rechtlichen condictio belangte Staat Zinsen erst vom Klagstage oder schon vom Tage des Empfanges der Nichtschuld an zu entrichten habe, nach österreichischem Rechte im Sinne des früheren Zeitpunktes, und zwar nach der rechtlichen Natur der Verzugszinsen und auf Grund der Analogie aus dem Privatrechte. Die Verzugszinsen bilden eine Art des Schadensersatzes. Es findet eine aus der wirtschaftlichen Lage abgeleitete unwiderlegbare Präsumtion dafür statt, daß man sein Geld zum landesüblichen Prozentsatz plaziert; es handelt sich somit nur um eine Befreiung des Gläubigers von der Beweislast. Nach Analogie des Privatrechts muß Verzug — Mahnung und Verschulden — vorliegen. Ebenso hat der Staat, der eine nicht oder doch nicht in solcher Höhe geschuldete öffentliche Abgabe widerrechtlich erhoben hat, die gesetzlichen Zinsen nicht erst vom Klagstage an, sondern für die ganze Zeit von der Einzahlung an den Kläger zu vergüten (132). — S. hierzu Geller in GellersZ. **04** 1 ff.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

Vorbemerkung: Eingehender als der Schuldnerverzug ist der Annahmeverzug von der Literatur beachtet worden. Die Arbeit von Wieland über Ermächtigung zum Leistungsempfange widmet einen beträchtlichen Teil dem Gläubigerverzug. Die beiden Arbeiten von Hohenstein beschäftigen sich ausschließlich vorzüglich mit dem Gläubigerverzug des Käufers. Die Rechtsprechung hat wesentliche Fragen zu behandeln nicht Gelegenheit gehabt.

Literatur: Hohenstein, § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers, Gruchots Beitr. **48** 711 ff. — Ders., Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers, Abürg. R. **25** 69 ff. — Wieland, Ermächtigung zum Leistungsempfange, AzivPr. **95** 161 ff.; insbesondere 216 ff.

§ 293. 1. Titze, KrVSchr. **45** 348 (gegen Kisch, Unmöglichkeit 77, 80, 75): Der Annahmeverzug des Gläubigers hat die Möglichkeit der Leistung auf seiten des Schuldners zur begrifflichen Voraussetzung.

2. von Buchka, Die indirekte Verpflichtung (s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 4d) 5 ff.: Durch die Normen über den Verzug des Gläubigers wird dessen indirekte Verpflichtung zur Abnahme herbeigeführt. S. auch 8 ff. Die Nichterfüllung der indirekten Annahmepflicht zieht die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs nach sich. Diese Rechtsbedingung wird behandelt wie eine wahre Bedingung.

3. Wieland, AzivPr. **95** 161 ff., erörtert 216 ff. die Frage: in welcher Weise gestaltet sich die Anwendung der Regeln betr. den Annahmeverzug, wenn der Gläubiger zur Erhebung der Leistung bei einem Dritten ermächtigt ist? Sind sie ohne weiteres anwendbar, wenn der Schuldner sich zur Leistung durch einen Dritten verpflichtet?

Ist die Ermächtigung lediglich im Interesse des Schuldners erteilt, so kann und darf er durch das Angebot den Gläubiger in Annahmeverzug setzen. — Anders, wenn sie sowohl im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners erteilt ist (verbriefte Anweisung, Scheck, Wechsel). Hier kann der Schuldner nicht

tatsächlich anbieten, auch nicht gemäß § 295 den Gläubiger zur Präsentation auffordern. Die allgemeine Regel des § 271 trifft auch nicht zu; der Schuldner, der vor der Präsentation Zahlung anbietet, würde das Wahlrecht des Gläubigers beeinträchtigen. Nur wenn ein Kalendertermin bestimmt worden ist, gerät der Ermächtigte nach § 296 Abs. 1 ohne weiteres in Annahmeverzug. Auch bei den Wert- und anderen Präsentationspapieren ermöglicht erst die Präsentation das Angebot des Schuldners. (Anders Goldschmidt, GoldschmidtsZ. 28 78, Jacobi, Wertpapiere 122 ff.)

Somit ist die Inverzugsetzung des Gläubigers bei der praktisch wichtigsten Form der Ermächtigung ausgeschlossen; gleiches gilt auch für die Wirkungen des Annahmeverzugs, vor allem die Erfüllungssurrogate, § 372. — Es liegt eine Lücke vor, welche durch Analogieschluß auszufüllen ist, und zwar vom Boden der Verzugslehre aus.

Was die Voraussetzungen (220) anbelangt, so wird der Schwerpunkt auf die Mitwirkung des Gläubigers verlegt. Der Ermächtigte tritt in die Lücke, um den Dritten zum Vollzuge der Leistung zu veranlassen. Er hat ihn mindestens an Gläubigers Statt nach dem Inhalte der Ermächtigung zur Erfüllung aufzufordern, und zwar tunlichst ohne schuldhaftes Zögern innerhalb einer angemessenen Präsentationsfrist.

Bezüglich der Wirkungen (221): Die Erfüllungssurrogate stehen dem ermächtigenden Schuldner nicht zu Gebote (s. o.). Es gilt aber der im Scheckverkehre längst anerkannte Satz: wenn auch der säumige Gläubiger trotz verspäteter Präsentation seines Rückgriffsrechts nicht verlustig geht, so vermindert sich doch sein Anspruch aus dem unterliegenden Schuldverhältnis insoweit, als dem Schuldner ein Schaden erwachsen ist: infolge Perpetuierung seiner Verbindlichkeit an den Ermächtigten. (S. darüber a. a. O. 223 ff.)

4. Der Abnahmeverzug des Käufers.

a) *Hohenstein, — s. a. u. zu § 294 Ziff. 1 —, GruchotsBeitr. **48** 711 ff.: Die Abgrenzung des Begriffes der Schuldnerleistung, deren Unterlassung Schuldnerverzug herbeiführt, gegen die Mitwirkungshandlung des Gläubigers, deren Nichtvornahme Annahmeverzug bewirkt, läßt sich nicht aus dem Erfolge der vorzunehmenden Handlung, d. h. danach, ob die Tätigkeit des Verpflichteten die Schuldnerpflicht zur Erledigung bringt, ermitteln, wie dies Lippmann will. Denn dieser Erfolg kann nur dann eintreten, wenn eine technische Leistungspflicht bestand. Ob dasjenige, wozu ein Teil kraft eines Schuldverhältnisses verpflichtet ist, eine klagbare Pflicht oder unklagbare Mitwirkungshandlung ist, entscheidet in erster Linie ein formaler Gesichtspunkt.

Eine klagbare Pflicht besteht in allen Fällen, in denen α. das Gesetz sagt: „Der Schuldner ist verpflichtet, zu . . . . . .“, β. eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers bei der Erfüllung, z. B. Ablauf, nach dem ausdrücklich erklärten oder dem sich aus den Umständen ergebenden Parteiwillen zur klagbaren Pflicht gestempelt worden ist. Kriterien hierfür sind z. B. die Wichtigkeit der gläuberischen Erfüllungshandlung für den Gegenkontrahenten, vor allem ihre Äquivalentswertung für dessen Leistung bei Eingehung des Vertrags (715).

Die zu bewirkende Leistung kann einen einheitlich-rechtlichen Charakter haben oder eine Gesamtleistung mit heterogenen Leistungsteilen sein. Der Charakter als Teilleistung, die nur in Verbindung mit anderen Erfüllungshandlungen den Obligationszweck herbeiführen kann, steht der Klagbarkeit der Leistung nicht entgegen (713).

b) Rechtsprechung.

α. RG. **56** 177/178, JW. **04** 58 Nr. 12: Die Ansicht, daß in gleichem Umfange wie nach den §§ 293 ff. der Gläubiger bei Erfüllung

der ihm geschuldeten Leistung mitzuwirken hat und das Unterlassen dieser Mitwirkung Gläubigerverzug begründet, beim Kaufe eine Verpflichtung des Käufers zur Mitwirkung als Schuldnerverpflichtung begründet werde, gibt der im § 433 Abs. 2 geregelten Abnahmeverpflichtung (der rein körperlichen Hinwegnahme der Kaufsache) eine zu große Tragweite. Allerdings kann eine nach der Natur des einzelnen Geschäfts gebotene oder verkehrsübliche oder besonders vereinbarte Mitwirkung des Käufers zur Ablieferung der Kaufsache neben der Verpflichtung zur Abnahme, aber nicht als Teil derselben, eine klagbare Verpflichtung des Käufers zur Vornahme auch jener Mitwirkung begründen; der Verzug mit Erfüllung dieser weiteren Verpflichtung ist dann wie jeder andere Schuldnerverzug zu beurteilen.

β. Vgl. ferner **RG. 57** 109, JW. **04** 171 Nr. 12: Durch die Unterlassung der Abnahme entsteht notwendig nach den §§ 293, 294 Gläubigerverzug, entsteht aber auch, wenn Mahnung und anderen Erfordernisse des § 284 vorliegen, Schuldnerverzug. (Im übrigen werden die vorstehenden Ausführungen (α) wiederholt).

γ. KGBl. **04** 57, R. **04** 528 Nr. 2210 (KG.) hebt noch hervor: Der Umstand, daß der Käufer vertretbarer Sachen bestreitet, daß die angebotene Ware die bestellte war, hindert nicht den Eintritt des Verzugs nach §§ 294, 284, weil ihm die Beanstandung ungeachtet der Abnahme unverwehrt bleibt.

5. **RG.** SeuffA. **59** 264 ff., JW. **04** 90 Nr. 8, ElsLothrJZ. **29** 396 ff., Holdheims MSchr. **04** 157 ff., DJZ. **04** 267 Nr. 22 (s. auch o. zu § 266): Von der Verurteilung gemäß § 322 Abs. 1 ist namentlich auch für den Fall, daß die zu verurteilende Partei sich im Annahmeverzuge befindet, keine Ausnahme gemacht.

§ 294. 1. Hohenstein, AbürgR. **25** 69 ff., behandelt die Frage nach der Konsumtion des Annahmeverzugs durch den Abnahmeverzug und führt 78 ff. über Abnahme- und Annahmeverzug folgendes aus: Durch die Ablieferung wird ein Zustand herbeigeführt, welcher der beim Verbalangebot des Schuldners erforderlichen Leistungsbereitschaft gleichkommt. Da die Anwesenheit des Gläubigers (Käufers) zur Ablieferung nicht unbedingt erforderlich ist, so ist sie keine Realoblation im Sinne des § 294. Soll der Käufer in Abnahmeverzug geraten, so muß ihn der Verkäufer mahnen (§ 284). Diese Mahnung enthält beim Holkauf gleichzeitig eine Verbaloblation im Sinne des § 295. In der Mahnung „abzunehmen" ist gleichzeitig die Aufforderung „die geschuldete Sache abzuholen" enthalten. Das Gesetz stellt sie dem Leistungsangebote gleich. Voraussetzung des Abnahmeverzugs — als Schuldnerverzug — ist, abgesehen von den Voraussetzungen des Annahmeverzugs, daß die Abnahme aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unterbleibt. Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug (Staub). — Beim Bringkauf tritt der Verzug nicht bereits mit dem Zugehen der Mahnung, abzunehmen, ein, sondern die Sache muß nach der Auslieferung an die Mittelsperson auch am Erfüllungsorte des Käufers abgeliefert, d. h. angeboten sein. Es ist Realoblation erforderlich. — Über abweichende Konstruktionen (Rosenberg, Makower) a. a. O. 79/80. — Über Rosenberg s. JDR. **1** zu § 294. — S. ferner Hohenstein, GruchotsBeitr. **48** 711 ff. — o. zu § 293 Ziff. 4a.

2. **RG.** R. **04** 629 Nr. 2700: Beim Gattungskaufe kommt der Verkäufer in Lieferungsverzug, wenn er, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, nachdem die Annahme der zunächst angebotenen Ware wegen vertragswidriger Beschaffenheit abgelehnt worden, dem Anspruch auf Lieferung von Ersatzwaren (§ 480) nicht entspricht. Im Falle der Annahmeweigerung stellt sich die Lieferung mangelhafter Ware nur als ein erfolgloser Lieferungsversuch dar. In wirtschaftlicher Beziehung macht es keinen Unterschied, ob der Verkäufer gar nicht oder eine Ware liefert, die der Käufer wegen Unbrauchbarkeit zurückweisen muß.

3. Über Annahmeverzug bei Gattungsschulden s. o. zu § 243 Ziff. 3 b, c.

§ 295. 1. RG. JW. **04** 168 Nr. 8, R. **04** 281 Nr. 1138: Muß die Ware vor der Lieferung abgerufen werden (§ 295), so genügt die an den Gläubiger gerichtete Aufforderung, über die Ware zu verfügen, um den Annahmeverzug zu begründen.

2. Über das Verhältnis des § 295 zu § 615 s. u. zu § 615 Ziff. 2 — s. auch JDR. **1** zu § 295 Abs. 1, 2.

§ 297. 1. *Dochnahl, IheringsJ. **48** 241: Die von Crome, Enneccerus und Kohler vertretene Ansicht, daß der Gläubiger auch dann in Verzug kommen könne, wenn durch einen Zufall in seiner Person die Leistung objektiv unmöglich werde, während auf seiten des Schuldners Leistungsmöglichkeit und -Bereitwilligkeit vorhanden sind, beruht auf einer zu engen Auslegung des § 297 (310 f.). S. u. zu §§ 640, 644, 645, 646.

2. a) RG. ElsLothrJZ. **29** 197/8: Beim Sukzessivlieferungsvertrag kann der Käufer nur dann in Verzug geraten, wenn der Verkäufer zu den Zeiten, in welchen er die einzelnen Teillieferungen nach dem Vertrag und seinen Angeboten gemäß zu bewirken hat, imstande ist, die in diesen Zeiten vom Käufer abzurufenden Waren zu liefern. — S. a. JDR. **2** zu § 297. —

b) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 364: Die Mitwirkung des Gläubigers beim Sukzessivlieferungsgeschäft besteht in der Verpflichtung, die Waren abzurufen.

§ 298. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 37/8: Erklärt sich im Falle des § 321 der Besteller zwar zur Abnahme, nicht aber zur Zahlung Zug um Zug oder zur Sicherheitsleistung bereit, so ist er im Annahmeverzug und der Gegner berechtigt, nach § 373 BGB. vorzugehen (s. zu § 373). — S. auch JDR. **2** zu § 298.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Vorbemerkung: Ein Überblick über diesen Abschnitt zeigt, daß in diesem Jahre die Literatur hinter der Rechtsprechung stark zurücktritt. So ist auch in der Unmöglichkeits-Literatur einige Ruhe eingetreten, nur die kritische Besprechung von Titze über Kischs Unmöglichkeit erinnert noch an das früher so beliebte Thema. Von der Literatur zu § 313 ist nur die Monographie von Gutbrod (Rechtsanwalt) hervorzuheben, der im allgemeinen auf dem Boden der reichsgerichtlichen Rechtsprechung steht. Was das RG. selbst betrifft, so hält es nach wie vor streng auf Innehaltung der Formvorschrift, ohne jedoch eine Auslegung der Vertragsurkunde gemäß den mündlichen Abmachungen schlechtweg zu verbieten.

Im Falle des § 321 bleibt das RG. gegen Staub und Düringer-Hachenburg, denen neuerdings Dietrich beitritt, bei seiner Ansicht, daß dem Vorleistungspflichtigen immer nur ein Zurückbehaltungsrecht, nicht aber ein Klagerecht zusteht. Mit seiner von Kohler, Romeick und Müller geteilten Ansicht über die nur in Ausnahmefällen statthafte Anwendbarkeit des § 326 auf den Abnahmeverzug hat das RG. bei Krahmer und Hohenstein Anklang gefunden, während Rosenthal der von Düringer-Hachenburg vertretenen Gegenansicht beitritt und Lippmann den radikalen Standpunkt vertritt, daß § 326 nie anwendbar sei. Einen breiteren Raum im § 326 nimmt auch das Problem der Behandlung positiver Vertragsverletzung ein. Der von Staub begründeten und vom RG. adoptierten analogen Anwendung des § 326 stimmt Lehmann in ausführlicher Erörterung insoweit zu, als nicht § 325 anwendbar ist, während Krahmer in seiner Abhandlung über gegenseitige Verträge sich ablehnend verhält, ohne jedoch positive Vorschläge zu machen; von Wichtigkeit sind zwei RG.-Entscheidungen, nach denen sich beim Sukzessivlieferungsgeschäfte die unberechtigte Annullierungserklärung und die mangelhafte Lieferung unter Umständen als positive Vertragsverletzung darstellt, die die analoge Anwendung des § 326 rechtfertigt. In der Fristsetzungsfrage behält das RG. seine Praxis bei; im

Einklange mit der bisherigen den Verkehrsanschauungen durchaus gerecht werdenden Richtung beantwortet das RG. die vielumstrittene Frage nach der Bedeutung einer zu kurz bemessenen Nachfrist jetzt dahin, daß eine angemessene Frist ins Laufen gesetzt wird, und läßt die Verbindung der Fristsetzung mit der Wahlerklärung zu, so daß nunmehr Mahnung, Fristsetzung und Wahl in einer einzigen Erklärung rechtswirksam erfolgen können. Die so überaus streitige Frage, worin der Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht, ist Gegenstand des 27. DJT. gewesen und von diesem gegen v. Mayr mit Kipp, Strohal, Neumann im allgemeinen im Sinne des RG zugunsten der Differenztheorie beantwortet worden; ihr schließt sich auch Krahmer an.

Verhältnismäßig reich vertreten ist die Literatur und Rechtsprechung über den Lebensversicherungsvertrag, der bei §§ 330—332 berücksichtigt ist; insbesondere wird die Frage, in welchen Fällen die Versicherungssumme zum Nachlasse gehört, näher erörtert.

Auf dem Gebiete der Vertragsstrafe bietet besonderes Interesse eine Entscheidung des RG., die es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben für unvereinbar erklärt, daß die für Vertragsverletzung ausbedungene Strafe auch dann gefordert wird, wenn der Vertrag in der Hauptsache erfüllt und nur in einem geringfügigen Teile verletzt ist.

Im Rücktrittsrechte verdient eine Abhandlung von Oertmann über die Bedeutung der Rücktrittserklärung besonders hervorgehoben zu werden.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. 1. Über die legislative Technik der „Normverweisung": „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt", — ähnlich §§ 780, 781, 873, 874, 875 — im Gegensatze zu den einfachen raumsparenden Verweisungen (§§ 1273, 1897, 1915 u. a.) vgl. Betzinger, Beweislast (2) 18 u. 10.

2. PosMschr. **04** 24 (Marienwerder): Kaufmännische Bestätigungsschreiben lassen in der Regel den Vertragsschluß unberührt (SeuffA. **54** 64), doch können die Parteien an die Auswechselung gegenseitiger sofortiger Bestätigungsschreiben den Abschluß des Vertrags knüpfen; ein dahingehender Handelsgebrauch besteht aber nicht.

§ 306. 1. R. **04** 453 (Colmar): Der Verkauf einer nicht bestehenden Sache macht den Vertrag nicht ungültig, zieht aber dem Verkäufer die Anfechtung für das Nichtbestehen des Kaufgegenstandes zu.

2. **RG.** DJZ. **03** 549: Die Unmöglichkeit, die ausbedungene Eigenschaft (Warenzeichen „Mosella") zu gewähren, begründet keine Nichtigkeit, sondern nur Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche.

3. **RG. 57** 250: a) Die Erfüllung der von den Religionsgemeinschaften für Eheschließung oder Scheidung vorgeschriebenen Formalitäten, z. B. der kirchlichen Trauung, der jüdischen rituellen Scheidung, kann nicht Gegenstand einer rechtlichen Abmachung oder rechtlichen Zwanges sein. Ein Vertrag, der einen derartigen Gegenstand hat, ist auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet.

b) Ist in demselben Vertrage (Vergleich) ungetrennt die Zurücknahme eines Rechtsmittels und die Einwilligung in die rituelle Scheidung erklärt, so ergreift die Nichtigkeit auch die Zurücknahmeerklärung.

4. *Fr. Leonhard, Beweislast 367 die Möglichkeit und Zulässigkeit ist vom Kläger zu beweisen.

§ 309. OLG. 8 34 (Marienwerder): Weiterverpachtung einer Pachtjagd entgegen § 12 Abs. 3 preuß. Jagdpolizeigesetzes ist nicht ungültig, der Verpächter hat nur ein Recht, sich des Unterpächters zu erwehren.

§ 310. Bollenbeck, R. **04** 33: Nach § 310 ist unzulässig die Vereinbarung im Ehevertrage, wonach das gesamte künftige Vermögen des einen Ehe-

gatten für ausschließliches Eigentum des anderen erklärt, oder wodurch bestimmt würde, daß alles, was die beiden Ehegatten in Zukunft erwerben oder erlangen, alleiniges Vermögen sei es des Mannes sei es der Frau werden und als solches Vorbehaltsgut sein soll.

§ 312. Vollenbeck, R. **04** 35: Nach § 312 Abs. 1 ist es unzulässig, schon im voraus das Vermögen, welches der Frau künftig von Todes wegen als Vorbehaltsgut kraft einer Bestimmung des Erblassers (§§ 1369, 1440) zufallen werde, für eingebrachtes Gut zu erklären oder die Frau zu verpflichten, nach erfolgtem Anfall eines solchen Vermögens es zu eingebrachtem Gute oder Gesamtgute zu machen.

§ 313. I. Satz 1. 1. Dennler, BayNotZtg. **04** 205, spricht sich zur Verhütung von Übereilungen und Unklarheiten in den Vertragsabmachungen nach wie vor — vgl. JDR. **2** § 313 I Ziff. 1 — gegen alle Bestrebungen auf Abänderung des § 313 aus.

2. Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungs-Vertrag:

a) Die Form des § 313 wird im Falle des Prozeßvergleichs durch die für diesen vorgeschriebene Form ersetzt: **RG. 48** 183 ff. (26 f.). Vgl. JDR. **1** Ziff. 17, **2** Ziff. 2d zu § 313 Satz 1.

b) Auch beim Vertrage zugunsten eines Dritten ist § 313 maßgebend, auch wenn der Dritte den Parteien noch nicht bekannt und noch nicht bestimmt ist, und selbst dann, wenn der Veräußerer sich lediglich dem anderen Teile gegenüber verbindlich macht, das Grundstück an den von dem letzteren beizubringenden Dritten zu überlassen, und dieser Teil Vollmacht und Ermächtigung zum Abschlusse des Vertrags erhält, sonst aber keine oder nur bestimmte Einzelheiten des Geschäfts (z. B. ein zu erzielender Mindestkaufpreis) festgesetzt sind, während alle anderen Stücke des endgültigen Vertragsinhalts der zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten zu treffenden Vereinbarung vorbehalten sind (34 f.). Ebenso **RG. 50** 163, JDR. **1** Ziff. 3 zu § 313 Satz 1; vgl. auch JDR. **2** Ziff. 9 Abs. 2 zu § 313 Satz 1.

Vollmacht und Zustimmung bedürfen als einseitige Rechtsgeschäfte nicht der Form. Ebensowenig bei Geschäften unter der Bedingung si voluerit (Kauf auf Probe, Vor- und Wiederkauf) die bejahende Willenserklärung. Vgl. § 497 Abs. 1 Satz 2 und § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB. (43 ff.).

c) Verträge, durch die die Verpflichtung zur Einräumung oder Übertragung eines Erbbaurechts übernommen wird, unterliegen dem § 313; dasselbe gilt für das Erbpachtrecht, einschließlich des Büdner- und Häuslerrechts, ebenso für die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals. Dagegen unterliegen Verträge, durch die ein Vertragsteil sich verpflichtet, ein Grundstück mit Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, Vorkaufsrecht, Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden zu belasten, die so bestellten Rechte zu übertragen oder zum Erlöschen zu bringen, nicht der Formvorschrift (57). Vgl. JDR. **1** Ziff. 11—13 zu § 313 Satz 1.

d) Formlos gültig ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück aufzugeben (58). Ebenso Peltason, DJZ. **04** 809. Vgl. über die Streitfrage JDR. **1** Ziff. 4 zu § 313 Satz 1. Desgleichen ist die Abtretung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung formfrei (59). Ebenso RG. und herrschende Ansicht JDR. **1** Ziff. 8, **2** Ziff. 2c, 8 zu § 313 Satz 1. Auch der Auftragsvertrag, vermöge dessen der Auftragnehmer verpflichtet ist, die Veräußerung eines Grundstücks zu betreiben, ist formlos gültig, es sei denn, daß der Auftraggeber sich jenem gegenüber verpflichten will, an die vom Auftraggeber ausgewählte Person das Eigentum zu

übertragen; formfrei ist der Auftrag namentlich, wenn er dahin geht, der Beauftragte solle für den Auftraggeber ein bestimmtes oder ein von ersterem noch auszuwählendes Grundstück erwerben; die dann allerdings eintretende Verpflichtung zur Herausgabe des Grundstücks an den Auftraggeber ist nur eine gesetzliche Folge des Auftrags. Ebenso **RG.** JDR. **2** Ziff. 8 Abs. 2 zu § 313 Satz 1. Wenn die Parteien dagegen ausdrücklich festsetzen, daß zunächst der eine Teil Eigentum an dem Grundstück erwerben und dann auf den anderen übertragen solle, so liegt kein Auftrag vor und § 313 findet Anwendung. Ebenso **RG.** DJZ. **02** 335. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 313 Satz 1 (60 f.).

Auf die Wandelung findet § 313 keine Anwendung. Herrschende Ansicht JDR. **1** Ziff. 21 zu § 313 Satz 1; ebensowenig auf die Gemeinschaftsteilung, sofern diese lediglich in Erfüllung des gesetzlichen Teilungsanspruchs und in der vom Gesetze vorgeschriebenen Art und Weise erfolgt (46 ff.). Wird bei der Auflösung einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft verabredet, daß der Ausscheidende seine Rechte am Handelsgesellschaftsvermögen auf den anderen mit Aktiven und Passiven überträgt, und befindet sich im Gesellschaftsvermögen ein Grundstück, so geht die Verpflichtung des Austretenden dahin, dem anderen Teile an Stelle des bisherigen Gesamthandeigentums Alleineigentum zu verschaffen, und es bedarf daher die Übernahme dieser Verpflichtung der Form des § 313. Dagegen ist im Falle des § 142 HGB. die Anwendung des § 313 BGB. ausgeschlossen, da es sich hier um einen gesetzlichen Anspruch handelt. Vgl. Staub Anm. 8 zu § 142, Achilles-Strecker, GBO. Einl. 32. A. A. Turnau-Förster I 363 (82).

e) Aus der Urkunde muß zu entnehmen sein, welches Grundstück veräußert werden soll, doch gilt der Satz: falsa demonstratio non nocet. In dem Falle, daß die Beteiligten bei Veräußerung eines in ungetrennter Fläche liegenden Grundbesitzes annehmen, er habe nur ein Blatt im Grundbuch und bilde eine Parzelle, während er auf mehreren Grundbuchblättern steht und mehrere Parzellen bildet, liegt stets nur eine falsche Bezeichnung, nicht aber eine fehlende Übereinstimmung von Wille und Willenserklärung vor (93). S. auch unten Ziff. 4.

f) Alle Nebenberedungen, die zu dem obligatorischen Liegenschaftsveräußerungsvertrage hinzutreten, bedürfen der Form; zu den Nebenberedungen gehören aber solche Vereinbarungen nicht, die die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistung nicht unmittelbar betreffen; sie sind selbständige Verträge (95 bis 97). Abänderungen des Vertrags bedürfen gleichfalls der Form (98 f.).

3. Traßl, BayNotZtg. **04** 183: Die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung unterliegt keiner Form. Ebenso **RG.**, vgl. JDR. **1** Ziff. 8, **2** Ziff. 1c, 8 zu § 313 Satz 1.

4. Auslegung.

RG. JW. **04** 55, SeuffA. **59** 92: Die Art und Weise der Belegung des Kaufpreises und somit die Bezeichnung der Hypotheken, die zur Belegung abgetreten werden, muß auch gerichtlich oder notariell beurkundet werden; jedoch folgt daraus nicht, daß zur Bestimmtheit des Kaufpreises die Vertragsurkunde unbedingt die nähere Bezeichnung der Hypotheken durch Angabe der belasteten Grundstücke usw. enthalten muß; vielmehr genügt es, unter Anwendung der §§ 133, 157, daß aus den sonstigen Umständen die Hypotheken, die nach der Vertragsurkunde abgetreten werden sollen, sich feststellen lassen. Ebenso ist nach **RG.** JW. **04** 58, ZBlFrG. **5** 181, DNotV. **4** 432 die falsche Bezeichnung des verkauften Grundstücks in der Vertragsurkunde unschädlich, wenn nur der Vertragswille festgestellt werden kann. Ebenso **RG.** ZBlFrG. **4** 705, DNotV.

4 432, wo jedoch hervorgehoben wird, daß die unrichtige Bezeichnung ihren Grund in einem Irrtume der Parteien haben muß.

RG. DJZ. 04 Beil. 813: Das bloße Bezugnehmen auf eine mündliche einschränkende Besprechung in dem Grundstücksveräußerungsvertrag ersetzt die vorgeschriebene Form nicht, da der ganze Vertrag dem Formzwang unterliegt. Eine Auslegung gemäß der mündlichen Besprechung wäre nur dann möglich, wenn die Worte des Vertrags wenigstens möglicherweise als Erklärung des mündlich Vereinbarten angesehen werden könnten.

5. Einzelfälle:

a) RG. Gruchots Beitr. 48 Beilageheft 970, JW. 04 405: Bei der wahlweisen Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück oder zur Zahlung einer Geldsumme ist, sofern die Parteien an eine Umgehung des § 313 nicht gedacht haben und überdies anzunehmen ist, daß die Parteien die Zahlung der Geldsumme auch ohne die Abrede über das Grundstück vereinbart hätten, die Zusage der Zahlung der Geldsumme gültig und das Schuldverhältnis hierauf beschränkt (§§ 139, 265).

b) RG. 57 432, JW. 04 337: Auch der Vertrag, der auf Umwandelung des gemeinschaftlichen Eigentums zur gesamten Hand an einem Nachlaßgrundstück in Miteigentum der Erben gerichtet ist, bedarf der Form des § 313 (wie auch die Umwandelung selbst der Auflassung). Vgl. JDR. 1 Ziff. 16 zu § 313 Satz 1.

c) OLG. 8 436 (Posen): Die Veräußerung eines Handelsgeschäfts im ganzen bedarf dann der gerichtlichen oder notariellen Form, wenn mit der Veräußerung die Übernahme der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke verbunden ist.

d) BraunschZ. 04 78, R. 04 445 (Braunschweig): Ein Vertrag, wonach einer der Vertragschließenden sich an dem Bieten auf ein zu versteigerndes Grundstück nicht beteiligen, der andere das Grundstück erstehen, dann wieder verkaufen und den erzielten Gewinn mit dem ersten teilen soll, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, ebenso nach OLG. Braunschweig, BraunschZ. 04 158, Verträge unter Bietern in Versteigerungen über die demnächstige Übertragung des Grundstücks.

e) OLG. 8 438 (Colmar): Der Auftrag, für den Auftraggeber ein Grundstück anzusteigern, bedarf keiner gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, da er kein Vertrag ist, durch den eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück übernommen wird. Vgl. auch RG. JDR. 2 Ziff. 8 zu § 313 Satz 1.

f) PucheltsZ. 04 65 (Karlsruhe): Ein Gesellschaftsvertrag zum Zwecke der Spekulation in Grundstücken ist formfrei.

g) RG. 56 190 ff., EisenbE. 04 339: Auch die § 142 des preuß. Berggesetzes erwähnte gütliche Einigung über die Grundabtretung zum Betriebe des Bergbaues unterliegt mangels besonderer Vorschriften, wie solche für den Fall der Enteignung im Art. 12 § 1 Abs. 2 preuß. AGBGB. getroffen sind, der Form des § 313. Vgl. Brassert, Kommentar 378 Nr. 4.

h) BraunschZ. 04 54, ZBlFrG. 4 851 (Braunschweig): Der auf Bestellung eines Vorkaufsrechts gerichtete Vertrag ist formbedürftig. Vgl. über die Streitfrage JDR. 1 Ziff. 11, 12, 2 Ziff. 2a zu § 313 Satz 1.

6. Nebenabreden.

a) BraunschZ. 04 77 (Braunschweig): Auch eine den notariellen Kaufvertrag nur unwesentlich abändernde Abmachung (betr. Berichtigung des Kaufpreises) bedarf der Form. Ebenso PosMschr. 04 69 hinsichtlich eines mündlichen

Abkommens über Hinausschiebung des im notariellen Vertrage bestimmten Auflassungs- und Zahlungstermins.

b) BraunschZ. **04** 158 (Braunschweig): Zusicherungen über die Mieterträge bei einem verkauften Hausgrundstücke fallen unter § 313.

c) SächsA. **14** 233 ff. (Dresden) über die Nichtigkeit aller mit der Eigentumsübertragungspflicht in unlöslicher Verbindung stehenden Abmachungen.

7. **RG.** R. **04** 26: Die Nichtbeachtung der Form hat lediglich zur Folge, daß ein Anspruch auf Erfüllung oder auf Gewährleistung wegen Nichterfüllung nicht gegeben ist; dagegen wird die Frage, ob eine Täuschung in bezug auf Abreden, die neben dem in vorgeschriebener Form aufgenommenen Vertrage mündlich getroffen sind, andere Rechtsfolgen, namentlich eine zivil- oder strafrechtliche Haftung wegen Betrugs begründen kann, durch § 313 nicht berührt.

8. **RG. 55** 343: Wenn auch bei mangelnder Form ein obligatorischer Anspruch auf Eigentumsübertragung der durch eine Vormerkung im Sinne des § 883 gesichert werden könnte, nicht besteht, so muß doch der Grundbuchrichter, wenn die Auflassung gültig erklärt ist und der Eintragung des Eigentums Hindernisse entgegenstehen, gemäß § 18 Abs. 2 GBO. verfahren; nicht ein obligatorischer Anspruch ist zu sichern, sondern das aus dem dinglichen Rechtsakte sich ergebende Recht des Antragstellers auf Eintragung.

II. Satz 2. 1. Gutbrod a. a. O. 108 ff.: Zur Heilung ist Übereignung des ganzen Grundstücks erforderlich. Eigentumsübertragung in Ansehung eines Ersatzgrundstücks genügt nicht. Ebenso OLG. **3** 93 (Stettin), Planck. Wird eine mehrere Grundstücke enthaltende Gesamtfläche für einen ungeteilten Kaufpreis oder werden mehrere Grundstücke in einem Kaufvertrage verkauft, und wird für jedes Grundstück ein besonderer Preis festgesetzt, so werden, falls die Parteien mehrere selbständige Verträge nur aus Zweckmäßigkeitsgründen miteinander in einer Urkunde verbinden wollten, diejenigen Verträge, bezüglich deren Übereignung erfolgte, geheilt; gingen dagegen die Parteien von einer einheitlichen und unteilbaren Leistung aus, so wird durch die Übereignung nur eines Grundstücks der Vertrag nicht einmal bezüglich des letzteren geheilt. Vgl. **RG. 56** 386, andererseits SeuffA. **58** Nr. 207. Weitere Literaturangabe s. daselbst 112 Anm. 1, 2.

Die Heilung hat keine rückwirkende Kraft. Für das alte preußische Recht ebenso **RG.** Gruchots Beitr. **29** 388, Förster-Eccius 469 Anm. 67; anders Behrend, Gruchots Beitr. **31** 457; Dernburg, Preuß. Privatr. I § 98 Anm. Vgl. über die Streitfrage IDR. **1** Ziff. 7 zu § 313 Satz 2 (dazu unten Ziff. 8).

§ 313 Abs. 2 darf auf ähnliche Verträge nicht entsprechend angewendet werden, auch dann nicht, wenn ein Vertrag, der unter § 313 fallen würde, auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften einer besonderen Form bedarf, wie z. B. Erb- und Vermächtnisverträge. Ebenso Neumann Nr. 4 e zu § 313, anders OLG. **4** 35 (KG.).

2. Traßl, BayNotZ. **04** 184: In Bayern wird, solange das Grundbuch nicht angelegt ist, die Nichtigkeit durch die notarielle Beurkundung des dinglichen Vertrags, als die für das Erfüllungsgeschäft vorgeschriebene Form, geheilt.

3. **RG.** IW. **04** 169: In Übereinstimmung mit dem früheren preußischen Rechte — vgl. **RG. 31** 230 — erstreckt sich die heilende Kraft der Auflassung, wenn durch diese nach dem Willen der Beteiligten eine Reihe von Veräußerungsgeschäften erfüllt werden soll (Verkäufer A. läßt das von seinem Käufer B. an C. weiterverkaufte Grundstück unmittelbar an C. auf), auf alle diese Rechtsgeschäfte. Vgl. IDR. **1** Ziff. 5 zu § 313 Satz 2; ebenso Gutbrod 113.

4. SchlHolstAnz. **04** 234 (Kiel): a) Die Auflassung an einen vom Gegenkontrahenten bestimmten Dritten und dessen Eintragung genügt zur Heilung. Vgl. Rehbein, BGB. II 162, **RG. 50** 165, **31** 232.

b) Die Auflassung eines Teiles der Grundstücke bewirkt jedoch nicht Heilung hinsichtlich des ganzen Vertrags. Vgl. IDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 1 zu § 313 Satz 2.

5. **RG. 56** 383, IW. **04** 169, DNotV. **4** 431, RheinNotZ. **49** 66, SchlHolstAnz. **04** 88 nimmt wie für das frühere preußische Recht — **RG.** Gruchots Beitr. **29** 388, **35** 911; Dernburg, Preuß. Privatr. I § 98 Note 8; Turnau, GBO. I 668 — an, daß bei einem Tauschvertrag über Grundstücke nicht schon bei Auflassung und Eintragung für einen der Kontrahenten Heilung des Formmangels eintritt. Ebenso Turnau-Förster (2) I 347, Schollmeyer Note 2 a zu § 313, Crome, Gutbrod 112; dagegen Dernburg, Sachenrecht § 89, Rehbein II 163, Planck, vgl. IDR. **1** Ziff. 7, **2** Ziff. 5 zu § 313 Satz 2.

6. Heilung von Nebenabreden.

a) **RG.** ZBlFrG. **4** 733, R. **04** 136: Keine Heilung der mündlichen Nebenabrede, wenn schon vor der Auflassung Streit über die Abgabe der mündlichen Zusicherung entstanden war. Vgl. IDR. **2** Ziff. 2, 4 zu § 313 Satz 2.

b) **RG. 57** 164, IW. **04** 197, DNotV. **04** 506 betont, wie schon früher — IDR. **1**, **2** Ziff. 4 zu § 313 Satz 2 —, das Gültigwerden auch der Nebenabreden; insbesondere kann auch die in einem Grundstücksveräußerungsvertrag enthaltene Bestimmung, daß frühere formlose Abverkäufe von Trennstücken an Dritte gelten sollen, durch Auflassung und Eintragung aus dem Hauptvertrage gültig werden; dabei genügt es, daß der Inhalt der Nebenabrede sich nur irgendwie feststellen läßt, die Bestimmbarkeit ist der Bestimmtheit gleichzuachten.

c) **RG.** SeuffA. **59** 345: Die Auflassung und Eintragung heilt auch den Formmangel einer mündlichen Nebenvereinbarung, die dahin geht, daß ein Teil des aufzulassenden Grundstücks wieder herausgegeben werden solle.

d) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 790 ff.: Die Heilung bezüglich der neben dem gerichtlichen oder notariellen Vertrage formlos erteilten Zusicherung über die Eigenschaften des Grundstücks tritt nur ein, wenn diese Zusicherung noch bei der Auflassung und Eintragung Bestandteil der von den Vertragsgenossen getroffenen Vereinbarung war. Vgl. IDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 2, 4 zu § 313 Satz 2.

e) OLG. **8** 37 (Dresden): Auflassung und Eintragung heilen die nur mündliche Abrede über den Ausschluß für Mängelhaftung.

f) OLG. **9** 282 (Cassel): Die bloße Übergabe des schriftlichen Vertrags bei der Auflassung ohne die Erklärung, daß trotz vorgängiger abändernder Abreden das durch die Auflassung bindend zu machende Vertragsverhältnis lediglich nach dem schriftlichen Vertrage sich bemessen soll, hat nicht die Wirkung, daß auch die abändernden mündlichen Nebenbestimmungen, über die Einigkeit bestand, durch die Auflassung nicht bindend werden. Jedoch schließt nach **RG.** IW. **03** Beil. 124, ZBlFrG. **4** 763 die Vermutung der Vollständigkeit einer Vertragsurkunde die Berücksichtigung der nicht aufgenommenen Zusicherungen bis zum Beweise des Gegenteils aus. Vgl. IDR. **2** Ziff. 2 b zu § 154.

7. MecklZ. **22** 193 (Rostock): In Rostock hat bis zur Anlegung des Grundbuchs die Verlassung zum Stadtbuch die Wirkung der Auflassung und der Eintragung. A. M. Planck.

8. Berichtigung zu IDR. **1** Ziff. 7 zu § 313 Satz 2. Nur der erste Satz gehört zu Ziff. 7. Vom Worte „Streit" ab folgt ein neuer Abschnitt (Ziff. 8).

§§ 315, 316. **RG. 57** 49: Daß die Bestimmung des Umfanges nach dem Vertrage dem billigen Ermessen des Fordernden überlassen sein sollte, gehört zum rechtsbegründenden Tatbestand eines Vertrags, auf Grund dessen eine angemessene Leistung gefordert wird. Ein so gestalteter Vertrag ist wesentlich verschieden von einem Vertrage, durch den die Vergütung ihrer Höhe nach vereinbart worden ist. Deshalb trifft den die angemessene Vergütung Fordernden die Beweislast für die Nichtbestimmung der Höhe der Vergütung. Vgl. Anhang z. Allg. Teil.

§§ 317 ff. **RG.** JW. **04** 289, Holdheims MSchr. **04** 232: Die §§ 317 bis 319 sind nur bei Bestimmung für ein spezielles Vertragsverhältnis der Parteien anwendbar.

§ 317. R. **04** 137 (Marienwerder): Ist in einem Werkvertrage vereinbart, daß eine für die gegenseitigen Ansprüche der Vertragsparteien erhebliche Feststellung durch einen Dritten als Arbitrator erfolgen solle, so ist es Sache der Auslegung des Vertrags, ob dem Arbitrator die Stellvertretung durch einen anderen gestattet ist; in der Regel wird das zu verneinen sein.

§ 319. **RG.** DJZ. **04** 554: Es genügt objektiv vorhandene Unbilligkeit; ob den Schiedsmännern subjektiv ein Vorwurf zu machen sei, ist gleichgültig.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

§§ 320 ff. Literatur: Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle 1904.

1. Friedländer, SeuffBl. **04** 196: Zu den gegenseitigen Verträgen gehört auch der sogenannte Baukapitalsvertrag, ein pactum sui generis, wonach der eine Kontrahent sich verpflichtet, dem anderen ein Darlehn zu Bauzwecken zu geben, während dieser die Verpflichtung übernimmt, den Bau unter Verwendung der Baugelder auszuführen und auf dem zu bebauenden Anwesen für das Zweckdarlehn Hypothek bestellt.

2. Krahmer a. a. O. 74 ff.: Der Verwahrungsvertrag ist begriffsmäßig kein gegenseitiger Vertrag, wird dagegen zu solchem, wenn eine Vergütung für die Verwahrung vereinbart ist. Ebenso kann der Bürgschaftsvertrag, nämlich wenn ein Entgelt gewährt wird, ein gegenseitiger Vertrag sein. Vergleich, Spiel und Wette sind gegenseitige Verträge. Auch der Gesellschaftsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag; nur steht er allen Austauschgeschäften gegenüber, er ist der Hauptfall der zweiten großen Gruppe der gegenseitigen Verträge, nämlich derjenigen, wobei nicht die Leistung des Vertragschließenden dem anderen zugute kommen soll, sondern „durch die Zusammenwirkung der Leistungen aller ein Erfolg erzielt werden soll, der allen zugute kommt" (Staudinger, § 705); zwischen je zweien der Gesellschafter entsteht ein gegenseitiges Schuldverhältnis. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 b, 3, **2** Ziff. 1 zu §§ 320 ff.

3. Lotmar, Arbeitsvertrag I 39 f. rechnet wie Titze gegen Kisch, Unmöglichkeit 2 f. — vgl. auch JDR. **2** Ziff. 1 zu §§ 320 ff. — den Gesellschaftsvertrag nicht zu den gegenseitigen Verträgen. Ebenso Titze neuerdings KrV. Schr. **45** 340 ff.

§ 320. 1. Rosenberg, AzivPr. **94** 124 ff.: a) Der Kläger, der aus einem gegenseitigen Vertrage klagt, hat nur diejenigen Abreden zu beweisen, die das Wesen dieses Vertrags ausmachen, und auch die, aus denen er sein Begehren herleitet. Den Beklagten, der die Einrede des nichterfüllten Vertrags erhebt, trifft dann keine Beweislast, wenn er seine Einrede allein auf diejenigen Vertragsteile stützt, die der Kläger selbst zur Begründung seines Anspruchs dartun muß. Macht der Beklagte aber bezüglich der von ihm verlangten Gegenleistung besondere Abreden geltend, insbesondere, es seien besondere Eigenschaften der von ihm gekauften Sache verabredet worden, so muß er dies beweisen, wie er es beweisen

müßte, wenn er als Kläger die ihm zukommende Leistung verlangen würde (124 ff.). Über die Begründung siehe Anhang zum Allgem. Teil.

b) Der Kläger muß die Replik, daß der Beklagte zur Vorleistung verpflichtet sei, beweisen (104).

2. Wallroth, AbürgR. **24** 250 ff.: Mittels der Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann der Dienstberechtigte eine Lohnzahlung in den Grenzen des Aufrechnungsverbots (§ 394) nur so lange verweigern, als die „Gegenleistung" d. h. die Arbeitsleistung (!) möglich ist, nicht jedoch zugunsten eines Schadensersatzanspruchs wegen schuldhafter Nichterfüllung bzw. mangelhafter Erfüllung. Vgl. a. zu §§ 273 und 394.

3. a) **RG.** **58** 176, JW. **04** 468: Ein Kontrahent, der die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach §§ 320, 273 seine Leistung bis dahin, daß die Gegenleistung bewirkt sei, verweigern. Bei Ablehnung der Gegenleistung ist der ablehnende Kontrahent darauf angewiesen, seinen Einreden eine derartige Gestalt zu geben, daß auf Grund ihrer eine endgültige Regelung der Rechtsverhältnisse stattfinden kann.

b) OLG. 8 38 (Braunschweig): Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts setzt voraus, daß die Erfüllung noch möglich ist oder verlangt wird. Anderenfalls ist der Beklagte lediglich darauf angewiesen, Schadensersatz wegen Vertragsverletzung zu fordern.

4. **RG.** **56** 251, JW. **04** 91: Zahlung einer Forderung aus einem Werkvertrage kann nur gegen Bewilligung der Löschung einer deswegen eingetragenen Vormerkung verlangt werden.

5. Zu Abs. 2. **RG.** **56** 152 ff.: Eine im Grundbuche eingetragene geringfügige Domänenrente berechtigt den Käufer, dem Hypothekenfreiheit zugesichert war, nicht zur Verweigerung der Zahlung des Kaufpreises; ist der Verkäufer zur Befreiung des Grundstücks von der Domänenrente bereit, so ist unter Aufnahme einer dahingehenden Verpflichtung in den Urteilstenor der Käufer der Klage gemäß auf Zahlung des Kaufpreises gegen Entgegennahme der Auflassung zu verurteilen.

6. Die JDR. **2** Ziff. 3 zu § 320 angeführte Entscheidung, JW. **03** 138, wonach auch die mangelhafte Leistung, sofern nur der Mangel beseitigt werden kann, eine teilweise Leistung ist, findet sich auch **RG.** **56** 152.

§ 321. 1. Dietrich, DJZ. **04** 1078, will dem Vorleistungspflichtigen nicht nur die Einrede gewähren, sondern, wie Staub, Düringer-Hachenburg und Müller, aber gegen **RG.** **53** 62, OLG. **6** 44 (Hamburg) und Liebe (vgl. JDR. **1** § 321 Ziff. 4 b, **2** § 321 Ziff. 2), auch den der Einrede des § 321 entsprechenden Klaganspruch, da der Verpflichtete für die Dauer der Gefährdung von seiner Vorleistungspflicht entbunden ist.

2. **RG.** JW. **04** 201, Holdheims MSchr. **04** 189: Der Vorleistungspflichtige hat lediglich ein Zurückbehaltungsrecht und kann ohne Vorleistung den anderen Teil nicht in Verzug setzen. Ebenso SeuffA. **59** 93 (Hamburg), (vgl. JDR. **1** Ziff. 4 b, **2** Ziff. 2 zu § 321). Dadurch aber, daß der vorleistungspflichtige Verkäufer Abnahme der Ware Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises oder Sicherstellung verlangt, geht er über die Geltendmachung der ihm nach § 321 zustehenden Berechtigung nicht hinaus, und es erwächst dadurch dem Käufer nicht das Recht, den Vertrag für erloschen zu erklären und seine Ansprüche im Wege des Selbsthilfeverkaufs zu verfolgen. **RG.** R. **04** 137, 221.

§ 322. 1. **RG.** JW. **04** 90 f., SeuffA. **59** 264, Holdheims MSchr. **04** 157, ElsLothJZ. **29** 396: Auch der im Annahmeverzuge befindliche Käufer ist auf seinen Antrag nur gegen Lieferung zur Zahlung zu verurteilen. Es macht keinen Unterschied, ob der Annahmeverzug schon zur Zeit der Verurteilung

vorliegt oder erst später eintritt; nur kann der Gläubiger gemäß § 322 Abs. 3, § 274 Abs. 2, solange der Annahmeverzug des Schuldners dauert, das Urteil ebenso vollstrecken lassen, wie wenn der Schuldner zur Leistung schlechthin verurteilt wäre (vgl. **RG. 51** 368 f.). Ebenso PosMschr. **04** 87 (Marienwerder).

2. OLG. **8** 38 (Hamburg): Der durch erfolglosen Abruf einer Teillieferung in Verzug gesetzte Käufer kann die von dem zur Erfüllung bereit gewesenen Verkäufer nunmehr verlangte Zahlung des Kaufpreises nicht von der Lieferung abhängig machen.

§§ 323 ff. 1. Über Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit, IDR. **1** Ziff. 2 zu § 323, Ziff. 1 zu § 324, Ziff. 2, 3 zu § 325, vgl. die Besprechung von Titze, KrVSchr. **45** 338 ff., in der dieser seinen Standpunkt — vgl. IDR. **2** zu §§ 320 ff. — gegenüber Kisch vertritt.

2. Titze, KrVSchr. **45** 348: Wenn beim Spezifikationskaufe der Käufer aus irgendwelchen Gründen außerstande ist, die Spezifikation vorzunehmen, so wird dadurch für den Verkäufer keine Unmöglichkeit der Leistung begründet, es liegt vielmehr nur Annahmeverzug des Käufers vor, während Kisch, Unmöglichkeit 47, allgemein behauptet, daß, wenn die Leistung des Schuldners von einer tätigen Mitwirkung des Gläubigers abhängig ist und diese Mitwirkung durch Zufall unmöglich wird, der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung verliere, d. h. daß dann also immer auf seiten des Schuldners eine Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 323 vorliege.

3. Friedrichs, Kommentar zum Zuständigkeitsges. 248: Die Bestimmungen der §§ 323—325 sind auch anzuwenden, wenn ein Lehrvertrag erloschen ist, weil dem Lehrherrn die Befugnis zum Halten von Lehrlingen entzogen ist.

4. Krahmer, Gegenseitige Verträge. a) Im Verhältnisse der drei Paragraphen (§§ 323—325) zueinander sind §§ 324 und 325 Ausnahmen von § 323, was für die Beweislast von Bedeutung ist (50). b) Alle Unmöglichkeitsbestimmungen konkurrieren bei nachträglich eintretenden unbehebbaren Sachmängeln in vollem Umfange mit den besonderen Vorschriften der §§ 459 ff. (123).

5. **RG.** IW. **04** 169, Holdheims MSchr. **04** 191, ElsLothIZ. **29** 406: a) Der Spezifikationskäufer ist nicht verpflichtet zu spezifizieren, wenn die durch seine Spezifikation zu bestimmende Leistung bereits als unmöglich feststeht.

b) Die an sich nur zeitweilige Unmöglichkeit hat nach den Umständen des gegebenen Falles als dauernde zu gelten, auf die deshalb §§ 323—325, nicht § 326 anzuwenden sind. Vgl. für das frühere Recht ROHG. **10** 293 ff., **RG. 42** 114 ff., für das BGB. Oertmann, Vorbem. zu § 275 Nr. 5, Titze, Unmöglichkeit 35/37, Kisch, Unmöglichkeit 24, Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen 95.

6. Holdheims MSchr. **04** 231 ff.: Die §§ 323, 324 Abs. 2 sind zugunsten des Käufers auf den Fall anwendbar, daß der Verkäufer durch unzulässigen Selbsthilfeverkauf die Lieferung der verkauften (spezifizierten) Ware unmöglich gemacht hat.

§ 323. 1. Titze, KrVSchr. **45** 362, verbleibt gegenüber Kisch bei seiner — Unmöglichkeit 101 ff. — vertretenen Ansicht, daß die sog. zufällige Unmöglichkeit das Vertragsverhältnis nicht auflöse, sondern daß vielmehr zufolge § 275 nur die Leistungspflicht des Schuldners, nach § 323 auch die Gegenleistungspflicht des Gläubigers erlischt, daß dagegen das Schuldverhältnis als Ganzes oder der Vertrag als solcher nicht aufgelöst, sondern nur sein Inhalt reduziert wird.

2. Keßler, R. **04** 438: Durch den Vertrag, inhalts dessen jemand von einem sog. Theaterbillethändler ein Theaterbillet für einen bestimmten Abend gegen Zahlung des Preises erwirbt, wird in Anwendung des § 157 BGB. der Billet-

händler verpflichtet, dem Theaterbesucher das Recht zum Besuche derjenigen Theatervorstellung zu verschaffen, die bei Abschluß des Vertrags in den ortsüblichen Theateranzeigen für den betreffenden Abend angekündigt ist. Wird dann nach Abschluß des Vertrags die angekündigte Vorstellung abgeändert, so wird dem Billethändler die von ihm übernommene Leistung unmöglich, da dem Theaterbesucher durch das ihm übergebene Billet nicht mehr die Möglichkeit zum Besuche der bei Abschluß des Vertrags angekündigten Vorstellung verschafft wird, und zwar tritt diese nachträgliche Unmöglichkeit infolge eines Umstandes ein, den keiner von beiden Teilen zu vertreten hat, so daß gemäß § 323 der Billethändler den für das Billet gezahlten Preis an den Theaterbesucher zurückzahlen muß.

§ 324. 1. Titze, KrVSchr. **45** 366 stimmt Kisch, Unmöglichkeit 85 f. darin bei, daß, wenn dem Gläubiger, der auf Grund des § 324 dem Schuldner zur Gegenleistung verpflichtet geblieben ist, diese Gegenleistung nachträglich durch Zufall unmöglich wird, der Gläubiger trotz des § 275 von seiner Gegenleistungspflicht nicht frei wird.

2. *Stintzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt? 39 ff.: Die Anrechnung anderweiter Verwendung der Arbeitskraft, insbesondere dessen was der Arbeiter zu verdienen böswillig unterlassen hat, ist keine compensatio encio cum damno, da der nicht verdiente Lohn doch nicht als lucrum angesehen werden kann. Der Arbeitgeber hat vielmehr durch den Vertrag dem Arbeiter zugesichert, daß er für seine Arbeit den verabredeten Lohn verdienen werde. Nunmehr trägt der Arbeitgeber die Gefahr, daß der Arbeiter durch seine, des Arbeitgebers, Unfähigkeit, die Arbeit zu verwerten, um seinen Lohn komme. Diese Gefahr wird abgewendet, wenn dem Arbeiter sich andere Arbeitsgelegenheit unabweisbar bietet („böswillig") oder er gar Arbeit hat.

§ 325. 1. Titze, KrVSchr. **45** 369: Wenn auch eine Rücktrittserklärung, die zu einer Zeit abgegeben wird, wo die Voraussetzungen des Rücktritts noch nicht erfüllt sind, nicht dadurch wirksam wird, daß sich die Voraussetzungen später verwirklichen, so kann doch der Rücktritt für den Fall des späteren Eintritts dieser Voraussetzungen erklärt werden. A. M. Kisch, Unmöglichkeit 135, 158. Dagegen hält Titze 370 gegen Kisch 138 die befristete Rücktrittserklärung für unzulässig, während er in der Annahme der Unzulässigkeit einer bedingten Rücktrittserklärung, abgesehen von dem erwähnten Falle, mit Kisch übereinstimmt.

2. **RG.** R. **04** 551 gegen OLG. 8 38 (Braunschweig): Derjenige, dem die Alleinvertretung für einen bestimmten Bezirk übertragen ist, kann im Falle einer erheblichen Verletzung dieses Vertragsrechts ein Rücktrittsrecht vom Vertrag aus § 325 für sich herleiten. Ebenso **RG.** IDR. **2** Ziff. 3 zu § 325. Zustimmend Lehmann, AzivPr. **96** 93, der jedoch gegen RG. nur teilweise Unmöglichkeit annimmt. Nach RG. kann ferner in einem solchen Falle das Rücktrittsrecht auch wegen positiver Vertragsverletzung, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet, nach § 326 begründet sein. Dagegen Lehmann, vgl. Ziff. 4b zu § 326.

3. **RG. 57** 392, IW. **04** 289, Puchelts Z. **25** 521 will im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem beauftragten Geschäftsführer §§ 325, 326 anwenden, wenn dieser das Geschäft zu ungünstigeren Bedingungen abschließt, als er durfte, und zwar § 325, wenn eine vertragsgemäße Erfüllung nicht mehr möglich ist, und § 326, wenn dies zwar möglich, der Beauftragte aber mit der Erfüllung im Verzug ist. Neumann, IW. **04** 304, bemerkt dazu, daß der Auftrag als kein gegenseitiger Vertrag der Beurteilung nach §§ 325, 326 nicht zugängig sei, und man wohl richtiger mit der allgemeinen Schadensersatzpflicht aus §§ 275 ff. zu dem gleichen Ergebnisse komme.

4. R. **04** 385 (Breslau): Der vom Schuldner zu vertretende Umstand setzt die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des zur Unmöglichkeit der Leistung führenden Umstandes im Sinne des § 276 voraus. Der Eintritt der von dem Schuldner übernommenen Gefahr bis zur Ablieferung der Leistung bildet nicht einen von ihm zu vertretenden Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht.

§ 326. 1. Verzug.

a) Krahmer, Gegenseitige Verträge 164: Neben den Folgen aus § 326 bleiben die allgemeinen Folgen der §§ 286 ff. bestehen.

b) Friedländer, SeuffBl. **04** 196: Wenn beim Baukapitalsvertrage (vgl. Ziff. 1 zu §§ 320 ff.) der Anwesensbesitzer vertragswidrig nicht baut, so kann ihm der Baukapitalist zur vertragsmäßigen Fortsetzung des Baues eine Frist bestimmen und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist zurücktreten oder Schadensersatz fordern; da teilweise Erfüllung der Verpflichtung zum Bauen für den Baukapitalisten meist kein Interesse haben wird, so wird diesem in der Regel die sofortige Rückforderung der bereits ausbezahlten Beträge zustehen.

c) **RG.** JW. **04** 549: Auch die Klausel „netto Kasse gegen Konnossement" verpflichtet den Käufer nicht unbedingt zur Zahlung gegen Übergabe der Papiere, hat vielmehr nur die Wirkung, daß, wenn der Käufer die Einlösung weigert, er die Beweislast dafür, daß die Weigerung berechtigt, z. B. die Ware vertragswidrig war, überkommt. Die objektive Zahlungsverpflichtung ist unter allen Umständen Voraussetzung des Zahlungsverzugs, und Verzug deshalb auch dann nicht vorhanden, wenn sich erst später herausstellt, daß der Käufer aus einem Grunde, den er nicht geltend gemacht, vielleicht gar nicht gekannt hat, materiell zur Zahlung und Annahme des Ladescheins bzw. der Ware nicht verpflichtet war. Übereinstimmend mit OLG. Dresden und **RG. 47** 142.

d) OLG. 8 441 (Hamburg): Der Verkäufer kann jederzeit, solange der Verzug des Käufers dauert, die im § 326 vorgesehene Erklärung abgeben.

OLG. 8 40 (Braunschweig): Zulässig ist die Nachholung der Fristsetzung während des Prozesses.

2. Abnahmeverzug.

a) Hohenstein, Gruchots Beitr. **48** 711 ff., kommt in Übereinstimmung mit dem Reichsgerichte zu dem Ergebnisse, daß auf den Abnahmeverzug des Käufers § 326 nur ausnahmsweise anzuwenden ist, nämlich wenn die Abnahme eine Gegenleistung zu der Verpflichtung des Verkäufers bildet, während Lippmann, DJZ. **04** 800, die Anwendung des § 326 für ausgeschlossen hält, da die Abnahmepflicht keinen selbständigen ökonomischen Wert hat, zur Anwendung des § 326 aber ein Äquivalentsverhältnis erforderlich ist, das zwischen der Leistung des Verkäufers und der Abnahmeleistung des Käufers nicht besteht. Krahmer a. a. O. 85 billigt gleichfalls die Ansicht des Reichsgerichts.

b) Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Gläubigers, hält den Abnahmeverzug als solchen für eine genügende Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 326, auch wenn die Abnahme im einzelnen Falle nicht synallagmatisch ist, da die Verletzung der im § 433 statuierten „Pflicht" Leistungsverzug bewirkt und damit § 326 anwendbar macht. A. M. **RG.**, vgl. JDR. **2** Ziff. 3 zu § 326 und neuerdings **RG. 57** 110, JW. **04** 171, DJZ. **04** 342 und **RG.** JW. **04** 112, Holdheims MSchr. **04** 186, SeuffA. **59** 388, ElsLothJZ. **29** 401. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 7 zu § 326.

3. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. a. Ziff. 4).

a) *Pohl, Die juristische Natur des Bierlieferungsvertrags 47 ff.: Ausgehend von dem anerkannten Satze, daß eine mangelhafte Leistung aus einem Vertragsverhältnisse als vertragswidrige, somit nur als „erfolgloser Lieferungs-

versuch" (**RG. 1** 55) anzusehen ist, bietet der § 326 in Verbindung mit § 480 die Möglichkeit, beim Bierlieferungsvertrage bei mangelhaften Lieferungen seitens des Brauers dem Wirte ein Rücktrittsrecht vom Vertrage zu geben. S. auch oben zu § 138.

b) Düringer-Hachenburg HGB. III. 90 ff.: Beim Sukzessivlieferungsvertrage kann der Käufer bezüglich der noch ausstehenden Raten nur dann zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, wenn er infolge des Verzuges an der Erfüllung kein Interesse mehr hat (vgl. § 326 Abs. 1 Satz 3 vbd. mit § 325 Abs. 1 Satz 2).

c) **RG. 58** 419, JW. **04** 484: Ist der eine Teil in der Weise in Verzug, daß er überhaupt noch nichts spezifiziert hat, so kann von einer bloß teilweisen Nichtbewirkung der Leistung im Sinne des Abs. 1 Satz 3 nicht die Rede sein, da Satz 3 voraussetzt, daß die Leistung, rücksichtlich deren die Frist bestimmt ist, teilweise bewirkt ist. Vielmehr ist wegen des Verzugs in der Spezifikation der fälligen Raten gemäß Abs. 1 Satz 2 Rücktritt vom Vertrag oder Schadensersatz, und zwar nicht bloß wegen der fälligen, sondern wegen sämtlicher Raten des Abschlusses zulässig.

4. Positive Vertragsverletzungen. S. auch o. zu § 276 Ziff. 3 b.

a) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, begründet den von ihm und **RG.** vertretenen Rechtssatz JDR. **1**, **2** Ziff. 5 zu § 326 näher, wobei zunächst die in der Festschrift enthaltenen Ausführungen wiedergegeben werden. Krahmer, Gegenseitige Verträge 67 ff., verhält sich Staub gegenüber ablehnend, meint aber, daß sich nach dem geltenden Rechte eine allgemeine Aufstellung irgendwelcher Art in streng juristischer Methode nicht geben lasse.

b) Lehmann, AzivPr. **96** 60 ff., insbes. 91 ff., hält mit Staub und RG. im Falle positiver Vertragsverletzungen die analoge Anwendung des § 326 für gerechtfertigt. Er scheidet jedoch diejenigen Fälle aus, in denen § 325 Anwendung findet, nämlich 1. überall da, wo ein Unterlassen als etwas Selbständiges neben der positiven Leistung geschuldet wird, wie bei der Übertragung des Alleinverkaufsrechts (vgl. oben Ziff. 2 zu § 325); 2. beim Sukzessivlieferungsgeschäft überall da, wo die erfolgten schlechten Lieferungen in Verbindung mit den gesamten Verhältnissen den Schluß rechtfertigen, daß in Zukunft nicht besser geliefert werden kann; in diesen Fällen hat der Gläubiger nur die Rechte aus § 325 wegen teilweiser Unmöglichkeit, und zwar ist in dem zweiten Falle die ausstehende, nicht, wie Winter, Gruchots Beitr. **48** 193, meint, die angenommene Teilleistung unmöglich. Bei der analogen Anwendung des § 326 ist entgegen der Staubschen Ansicht von Fristsetzung und Androhung nur dann abzusehen, wenn die Zuwiderhandlungen über die Besorgnis betreffs der vertragsmäßigen Bewirkung der künftigen Leistungen hinaus auch das Interesse an der Vertragserfüllung bezüglich der ausstehenden Raten vernichtet haben; die bei der bloßen Besorgnis vertragswidriger weiterer Lieferungen zu setzende Nachfrist kommt erst mit dem Anbrechen des Zeitraums ins Laufen, in dem die nächste Lieferung zu bewirken ist.

c) Müller-Erzbach, DJZ. **04** 1158: Der von Staub und RG. auf Grund analoger Anwendung des § 326 zugelassene Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen ist in Wahrheit eine Kündigung, da die Wirkung auf die Zukunft beschränkt sein soll, während das Rücktrittsrecht das ganze Vertragsverhältnis von Anfang an aufhebt und somit auch in die Vergangenheit wirkt. Eine analoge Anwendung des § 326 ist deshalb nicht zu begründen, doch wird man aus dem bei dauernden Rechtsverhältnissen, wie Miete, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag, gewährleisteten Kündigungsrechte für das gleich-

falls ein festes dauerndes Rechtsverhältnis hervorrufende sukzessive Lieferungsgeschäft ein Kündigungsrecht entnehmen können.

d) **RG. 57** 112, JW. **04** 171, DJZ. **04** 345: Wenn der Käufer vor jeder Lieferung oder doch vor Lieferung der ausstehenden Leistungen und bei Zug um Zug-Geschäften dem Verkäufer schon vor dem Lieferungstermin erklärt, daß er den Vertrag annulliere, so kann hierin, wenn dieses Sichlossagen vom Vertrag unberechtigt und vertragswidrig ist, eine positive Vertragsverletzung liegen, die die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet, und nach dem **RG. 54** 98 (JDR. **2** Ziff. 5 zu § 326) entwickelten Grundsatze den anderen Teil berechtigen, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ohne daß es einer Mahnung, Fristsetzung und Androhung bedarf. Der Käufer kann, wenn der Verkäufer von den Rechten des § 326 Gebrauch macht, seine Annullierungserklärung nicht mehr zurücknehmen und sich zur Erfüllung erbieten; insoweit treffen für Fälle dieser Art die Ausführungen in **RG. 52** 152 — JDR. **1** Ziff. 6 d zu § 326 — nicht zu.

Lehmann, AzivPr. **96** 112, betont demgegenüber, daß die Gefährdung des Vertragszwecks allein ohne Wegfall des Interesses keineswegs die Fristsetzung erspart.

e) **RG. 57** 114 f., JW. **04** 172 Nr. 12, DJZ. **04** 346: Auch wenn der Käufer einzelne Lieferungen angenommen hat, kann er nach dem **RG. 54** 98, JDR. **2** Ziff. 5 zu § 326, entwickelten Grundsatze doch von dem Vertrage für die noch ausstehenden Lieferungen zurücktreten, wenn der Verkäufer bei einem Sukzessivlieferungsgeschäft in einer Weise mangelhaft liefert, welche die Annahme rechtfertigt, es sei nicht zu erwarten, daß künftig anders geliefert werde, und danach durch einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, sofern nur der Mangel rechtzeitig gerügt wurde, und in dem Nehmen und Bezahlen nach Lage des Einzelfalls keine Genehmigung der Lieferung als fehlerloser zu finden ist. Der Ansicht von Dernburg, DJZ. **03** 1 ff., daß der Käufer nur wegen der einzelnen gemachten Lieferungen Minderung oder Wandelung verlangen und nur im Falle eines Lieferungsverzugs nach § 326 vom Vertrage zurücktreten könne — vgl. JDR. **2** Ziff. 2 zu §§ 459 ff. —, ist nicht beizupflichten.

5. Fristsetzung.

a) **RG.** SächsA. **14** 694, HessRspr. **5** 115 (Darmstadt), R. **04** 629 (Breslau) — gegen Planck Anm. 2 b zu § 250, Müller, Fristbestimmungen —: Eine zu kurz bemessene Nachfrist ist nicht wirkungslos und hat die Folge, daß der Säumige binnen angemessener Frist noch erfüllen darf, nach Ablauf einer solchen aber die Erklärung des Nichtsäumigen in Wirksamkeit tritt. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 a, 2, 10; **2** Ziff. 1 b, 8 a zu § 326. Ebenso **RG.** JW. **04** 172, SeuffA. **59** 266, Holdheims MSchr. **04** 190, PuchertsZ. **35** 413, RheinArch. **100** 142 und **RG. 56** 231, DJZ. **04** 313, JW. **04** 92, wo unter Bezugnahme auf **RG.** JW. **02** Beil. 196 — JDR. **1** Ziff. 11 zu § 326 — hervorgehoben wird, daß das Setzen der Nachfrist nicht gänzlich unterlassen werden darf.

b) Der Bestimmung einer Nachfrist bedarf es nicht, wenn der im Verzuge befindliche Teil Vertragserfüllung ernstlich und endgültig weigert. **RG.** SächsA. **14** 694, R. **04** 629; **RG.** JW. **04** 171 in Übereinstimmung mit **RG. 51** 347, **52** 150, **53** 12, 166, **57** 113, OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 135 gegen Planck, Anm. 2 d zu § 326. Vgl. über die Streitfrage JDR. **1** Ziff. 6, 9; **2** Ziff. 8 c zu § 326. An der Ernstlichkeit der Weigerung darf jedoch kein Zweifel bestehen; kann beispielsweise die Weigerungserklärung noch lediglich als bedingter Rücktritt vom Vertrag aufgefaßt werden, so ist die Fristbestimmung erforderlich: **RG.** R. **04** 551.

c) **RG.** JW. **04** 536: Mit der Fristsetzung kann zugleich die Erklärung, ob für den Fall fruchtlosen Fristablaufs Rücktritt oder Schadensersatz gewählt wird, verbunden werden. Nachdem im **RG. 50** 262 die Verbindung von Verzugsmahnung und Fristsetzung und hier die Verbindung von Fristsetzung und Wahl zugelassen ist, ist eine einzige Erklärung als rechtswirksam anzusehen, die Mahnung, Fristsetzung und Wahl enthält. Vgl. JDR. **1** Ziff. 9 zu § 326.

d) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 82 hält die Ansicht Dernburgs II § 98, daß dem Erfordernisse der Bestimmung der Nachfrist durch Gewährung einer angemessenen Nachfrist allgemein schon genügt werde, mit Staub, Exkurs zu § 374 HGB. für bedenklich, weist aber darauf hin, daß es nach Lage der Sache auch angemessen sein kann, daß der nicht säumige Vertragsteil nur noch Frist zur „sofortigen, umgehenden" Nachholung der versäumten Leistung gibt, da die Angemessenheit nicht von dem Gesichtspunkt aus zu beurteilen sei, als müsse dem Säumigen Zeit gelassen werden, die Erfüllung erst zu beginnen.

e) HessRspr. **5** 115 (Darmstadt): Unter angemessener Frist ist nicht eine volle Erfüllungsfrist zu verstehen, sondern nur eine nach den Umständen billig zu bestimmende mäßige Nachfrist. ROHG. **7** 392, **8** 81, 125, **13** 193.

f) OLG. **8** 441 (Hamburg): Bei abermaliger vertragswidriger Lieferung der gemäß § 480 nachgelieferten Ware bedarf es einer Fristsetzung nicht mehr.

g) Rosenberg, AzivPr. **94** 101: Diejenige Partei — Kläger oder Beklagten —, die die Vereinbarung einer bestimmt bemessenen Frist behauptet, trifft die Beweislast.

6. Schadensersatzanspruch.

a) SchlHolstAnz. **04** 339 (Kiel): Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung gemäß § 286 kann der Gläubiger nicht geltend machen, wenn er selbst vom Vertrag abgeht, da jener Anspruch im Vertrage wurzelt und dessen Bestehenbleiben voraussetzt. **RG. 57** 106, JW. **04** 171: Die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist deshalb mit der auf Zahlung des Kaufpreises und Ersatz des durch Verzug verursachten Zögerungsschadens weder kumulativ noch alternativ vereinbar. So schon früher **RG. 50** 262; vgl. JDR. **1** Ziff. 8 zu § 326. Aus dem daselbst ausgesprochenen Grundsatze, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung den fortbestehenden Vertrag zur Grundlage und den Ersatz des Schadens dafür zum Gegenstande hat, daß der Vertrag, d. h. der Vertrag in seiner Gesamtheit, so wie er vereinbart war, nicht zur Erfüllung gelangt ist, folgt, daß es für die diesem Anspruch entsprechende einheitliche Verpflichtung nur einen Erfüllungsort und nur einen Gerichtsstand geben kann. **RG. 55** 425.

b) **RG.** SächsA. **14** 694, R. **04** 629: Die Tatsache allein, daß ein Deckungskauf vor Ablauf der Lieferungsfrist geschlossen ist, schließt seine Berücksichtigung bei der Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht aus. Seine Berücksichtigung hängt von der Lage des einzelnen Falles ab, die der Prüfung nach § 287 ZPO. unterliegt. Übereinstimmend **RG. 52** 152 und **RG. 57** 114; JDR. **2** Ziff. 11b Abs. 3 zu § 326.

c) *Stintzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt? 31—39: Daß der zum Deckungskauf schreitende Käufer sich die Differenz zwischen dem billigeren Deckungskaufpreis und dem Vertragskaufpreis auf den Ersatz für anderweitigen Schaden anrechnen lassen muß, erklärt sich nicht aus einer compensatio lucri cum damno. Denn es hat keinen Sinn, daß der Käufer die Differenz dann lukriert, wenn sonst kein Schaden entstanden ist, daß er ihn aber dann nicht lukriert, wenn er auch noch anderen Schaden erlitten hat. Die Erklärung ist die: Käufer hat auch nach dem Deckungskauf die Wahl. Hat

er keinen Schaden erlitten, so tritt er zurück. Hat er aber sonst Schaden erlitten, so tut er besser, Schadensersatz zu verlangen. Dann schuldet er aber auch noch den Kaufpreisrest und muß sich somit echte Aufrechnung gefallen lassen.

7. Über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags? — vgl. IDR. **1** Ziff. 8 zu § 326 — haben sich auf dem 27. Deutschen Juristentage Kipp I 249 ff. und von Mayr II 167 ff. gutachtlich geäußert. Kipp pflichtet im wesentlichen der „zweiten" Ansicht bei, daß nach §§ 325, 326 der Berechtigte als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Differenz zwischen seinem Interesse an der Leistung des Gegners und dem Werte verlangen kann, den das Behalten der eigenen Leistung für ihn hat. Er hebt dabei hervor, daß, soweit die sonstigen Vorschriften des BGB. dem Gläubiger ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gaben, dieses Recht dem Gläubiger auch auf Grund eines gegenseitigen Vertrags zusteht, und zwar in dem Sinne des Rechtes auf Erfüllungsinteresse gegen Gegenleistung. Zwischen beiden Rechten hat der Gläubiger, wenn die Voraussetzungen für beide vorliegen, die Wahl. von Mayr faßt dagegen den Schadensersatz wegen Nichterfüllung als in Geldersatz bestehendes Surrogat der vereitelten Leistung auf, so daß der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet bleibt. Auf Vorschlag von Strohal und Neumann wurde einstimmig folgender Beschluß angenommen:

a) Geht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung auf Geld, so kann er als Schadensersatz grundsätzlich denjenigen Geldbetrag begehren, welcher sich nach Anrechnung seiner Leistung als Überschuß ergibt. Unterläßt der Schadensersatzberechtigte diese Anrechnung, so kann, soweit dies der Billigkeit entspricht, der Schadensersatzverpflichtete auf ihrer Vornahme bestehen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung brauchen hierbei nicht gegeben zu sein.

b) Besteht die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung nicht in einer Geldleistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Einbehaltung und den Umständen entsprechender Anrechnung seiner Leistung dann verlangen, wenn ihm die Bewirkung dieser Leistung billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. Letztere Erwägung wird bei Handelskäufen über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, auch wenn diese Geschäfte nicht Fixgeschäfte sind, im Falle des Leistungsverzugs des Käufers regelmäßig zutreffen (27. Deutscher Juristentag IV 112 ff., 627 ff.). Ebenda 131 erklärt sich Strohal mit **RG. 50** 262 — IDR. **1** Ziff. 8a zu § 326 — einverstanden, er will aber in diesem Falle (Petroleumbestellung) den Anspruch auf die Differenz in einfacher Weise durch entsprechende Anwendung des § 376 HGB., insbesondere Abs. 2 und 3, begründen; da es sich nämlich um eine vertretbare, einen Börsen- und Marktpreis habende Sache handelt, so ist durch die Fristbestimmung nach § 326 BGB. eine Sachlage geschaffen worden, die der beim Fixgeschäft ganz analog ist; die Fristbestimmung nach § 326 BGB. wirkt sogar noch einschneidender als die beim Fixgeschäft des § 376 HGB. maßgebende Frist, da die Fristsetzung nach § 326 zur Folge hat, daß die Erfüllung nach Ablauf der Frist auf jeden Fall ausgeschlossen ist.

v. Thur, DIZ. **04** 759, führt an Beispielen aus, daß die Gewährung des Differenzanspruchs, besonders bei Nichtkaufleuten, durchaus nicht immer der Billigkeit entspricht.

Krahmer a. a. O. 56 schließt sich der „zweiten" vom RG. vertretenen Ansicht an.

8. Wahlrecht.

a) **RG.** IW. **04** 536 versagt dem nichtsäumigen Teile das jus variandi in Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts, auch wenn die Wahl sogleich bei der Fristsetzung erklärt ist.

b) R. **04** 552 (Marienwerder): Hat der Verkäufer gegen den in Annahme- und Zahlungsverzug befindlichen Käufer einmal den Weg des § 373 HGB. gewählt und den Selbsthilfeverkauf vorgenommen, so kann er, wenn dieser nicht ordnungsmäßig erfolgt ist und deshalb dem Käufer gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, von der getroffenen Wahl nicht abgehen und nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 fordern.

c) OLG. 8 440 (Posen) fordert klare zweifelsfreie Erklärung der getroffenen Wahl, ohne daß jedoch die Ablehnung der Leistung durch eine ausdrückliche Erklärung oder gar durch die Anwendung der Gesetzesworte zu erfolgen braucht.

9. OLG. 8 80 (Marienwerder): Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage gemäß § 326 ist unzulässig, es kann nur eine Kündigung der Gesellschaft für die Zukunft gemäß § 723 erfolgen. Vgl. dazu JDR. **1** Ziff. 1 b, 3, **2** Ziff. 1 zu §§ 320 ff. und oben Ziff. 2, 3 zu §§ 320 ff.

10. Die JDR. **2** Ziff. 7 zu § 326 angeführte RG.Entscheidung findet sich auch **RG. 55** 402 abgedruckt; ob der Zessionar, der nur in die Aktivseite des gegenseitigen Vertrags eingetreten ist, beim Verzuge des anderen Vertragsteils — wie Schadensersatz wegen Nichterfüllung — auch gemäß § 325 vom Vertrage zurücktreten kann, läßt das RG. dahingestellt; es bemerkt jedoch, daß die Frage nicht schon deshalb zu verneinen ist, weil durch die Zulassung des Rücktritts des Zessionars unter Umständen Interessen des Zedenten verletzt werden könnten, da dieser Gesichtspunkt nur dazu führen könnte, gegebenenfalls für die Ausübung des Rücktrittsrechts die Einwilligung des Zedenten zu erfordern.

11. Über Anwendung des § 326 bei Verletzung der Rechte des Alleinvertreters Ziff. 2 zu § 325, bei vertragswidriger Geschäftsführung des Beauftragten Ziff. 3 daselbst.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. 1. Kiepert, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken nach dem BGB. (1903) 32 ff., behandelt bei diesen den Spendungsvertrag als Vertrag auf Leistung an Dritte, und zwar steht bei dem Personensammelunternehmen, d. h. dem Sammelunternehmen für gewisse bestimmte oder unbestimmte Personen — im Gegensatze zu dem die Verwirklichung eines im Interesse der Allgemeinheit liegenden Zweckes verfolgenden Zwecksammelunternehmen — auf das auch Hellwig, Verträge 238, den Vertrag auf Leistung an Dritte anwendet, dem Dritten ein selbständiges Recht auf die Leistung zu, das er gegen den Sammler unmittelbar im Augenblick, in dem der Spendungsvertrag abgeschlossen ist, erwirbt; sind die Bedachten noch nicht persönlich bestimmt, sondern aus einer Gruppe auszuwählen, so erwerben sie das Recht zwar auch sofort, aber nur bedingt, so daß sie es nach endgültiger Auswahl durch den Sammler geltend machen können. Vgl. Hellwig, Verträge 211, Dernburg II 236, Crome II 227, im übrigen über Sammelvermögen JDR. **1**, **2** zu § 1914.

2. PfälzRpr. **1** 70 (Zweibrücken): Der Arbeiter, den sein Arbeitgeber gegen die Folgen von Unfällen im Betriebe versichert, erlangt den Anspruch auf die Versicherungssumme unmittelbar gegen die Versicherungsgesellschaft.

3. BadRpr. **04** 298 (Karlsruhe): Leistet eine Mutter aus eigenen Mitteln Einzahlungen auf ein von ihr auf den Namen ihres minderjährigen Kindes angelegtes Sparkassenbuch, so ist nicht anzunehmen, daß sie das Recht auf die Einlagen dem Kinde sofort übertragen will.

§ 329. **RG. 58** 200 stimmt dem JDR. **2** Ziff. 3 zu § 329 wiedergegebenen Urteile des OLG. Rostock darin bei, daß auch eine Erfüllungsübernahme den Gegenstand eines abstrakten Schuldversprechens bilden könne; § 329

führe auch keineswegs die Erfüllungsübernahme als einen besonderen obligatorischen Vertrag eigener Art ein.

§ 330. 1. Graf Vitzthum, ZVersWiss. **4** 301 ff.: a) Im Konkurse des Versicherungsnehmers gehören die Rechte aus dem Versicherungsvertrag im Falle des § 331 Abs. 1 zur Konkursmasse, ebenso bei Versicherung zugunsten der „Erben", „Hinterbliebenen", „Rechtsnachfolger". Soll nach dem Versichevertrage die Versicherungssumme entweder bei Lebzeiten des Versicherten an einem bestimmten Termin oder vorher bei seinem Tode fällig sein, so kann die Frage, ob die Rechte aus dem Vertrage zur Masse gehören, nur dann Zweifel verursachen, wenn der Versicherungsnehmer die Versicherungssumme auch für den Erlebensfall einem Dritten zugewandt hat; hier kommt es darauf an, ob trotz des unmittelbaren Rechtserwerbes durch den Begünstigten der Versicherungsnehmer sich das Recht vorbehalten wollte, über den Vertragsanspruch selbständig und ohne Zustimmung des Dritten zu verfügen; wird das bejaht, so fallen die Rechte in die Konkursmasse, wie überhaupt in allen den Fällen, in denen sich aus den Umständen ergibt (§ 328 Abs. 2), daß der Begünstigte sein Recht auf Leistung erst beim Eintritt eines Ereignisses oder eines Termins erwerben soll (308, 309, 324).

b) Im Nachlaßkonkurse gehört bei der Versicherung zugunsten eines Dritten die Versicherungssumme nicht zur Nachlaßmasse, auch wenn zur Bezeichnung des Dritten der Ausdruck „meine Erben", „meine Rechtsnachfolger", „meine Angehörigen", „meine Hinterbliebenen", „meine Kinder", „meine Frau", „meine Familie", „meine Frau und meine Kinder" u. dgl. gebraucht sein sollte. Danach fällt in Übereinstimmung mit § 157 des Entwurfes eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag bei Versicherungen zugunsten „der Erben" die Versicherungssumme auch dann nicht in die Masse, wenn die Erben die Erbschaft ausschlagen. Bei der Versicherung zugunsten der „Ehefrau" ist, falls die Ehe geschieden wird, und der Versicherungsnehmer nicht wieder geheiratet hat, anzunehmen, daß die Versicherungssumme den Nachlaßgläubigern zugute kommen muß (314, 316, 317, 319).

2. Schmaltz, MecklZ. **22** 363 f.: Bei einer Lebensversicherung mit der Bestimmung, daß die Versicherungssumme an den Inhaber der Police gezahlt werden solle, liegt trotz der zumeist gebrauchten Formel „zugunsten des Inhabers der Police" ein Vertrag zugunsten Dritter nicht vor. Im Falle des Todes des Versicherungsnehmers steht die Forderung hier den Erben als Erben zu (RG. **16** 126 ff. und die dort angeführte Rechtsprechung, Jacobi, Recht der Wertpapiere 314, Jäger, KO. § 214 Anm. 25). Deshalb ist den Erben gegenüber auch das von dem Versicherungsnehmer einem Gläubiger eingeräumte persönliche Zurückbehaltungsrecht an der Police — ein dingliches gibt es nicht — wirksam, während es bei einer Versicherung zugunsten eines Dritten im Falle des Todes des Versicherungsnehmers dem Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden kann.

3. Kuhlenbeck, ZVersWiss. **4** 13: Jeder Versicherungsvertrag ist ein obligatorischer Vertrag und zwar ein gegenseitiger (synallagmatischer); deshalb braucht der Versicherer, sofern er sich nicht zur Vorleistung verpflichtet hat, die Police nur gegen Zahlung der Prämie zu erteilen.

4. RG. R. **04** 601: Zur Gültigkeit des zugunsten eines Dritten abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrags ist es nicht erforderlich, daß dem Versicherer die Person desjenigen, zu dessen Gunsten der Versicherungsnehmer abschließen wollte, bestimmt erkennbar war; vorausgesetzt wird nur, daß beim Tode des Versicherungsnehmers jene Person objektiv bestimmbar ist, wie das bei Versicherung „zugunsten meiner Familie" der Fall ist.

5. **RG.** DJZ. **03** 525: Ein vom Hauptversicherer mit dem Versicherten geschlossener Vergleich wirkt auch für den Rückversicherer, und eine Verwirkung des Anspruchs des Versicherten kommt auch dem Rückversicherer zugute. Dagegen ist die Wirkung des Konkurses des Hauptversicherers nur in dessen persönlichen Verhältnissen begründet, berührt deshalb den Rückversicherer nicht und bewirkt keine Herabsetzung seiner Schuld auf die Konkursdividende, auf die der Versicherte beschränkt ist.

6. SchlHolstAnz. **04** 148 (Kiel): Bei einer Lebensversicherung zugunsten der „Erben" liegt nur ausnahmsweise ein Vertrag zugunsten Dritter vor, nämlich wenn der Erblasser erkennbar ein Interesse daran hatte, besondere Zwecke damit verfolgte, daß er die Erben als Bezugsberechtigte nannte, namentlich dann, wenn er mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse die Versicherungssumme dem Zugriffe der Gläubiger entziehen und daher nicht wollte, daß sie in den Nachlaß fallen, sondern den berufenen Erben auch dann zufallen sollte, wenn sie die Erbschaft ausschlagen würden. Vgl. **RG.** SeuffA. **42** Nr. 141, **RG. 32** 162, JW. **00** 496, JDR. **1** Ziff. 2 zu § 330. Ebendort Ziff. 3 über die Versicherung zugunsten „der Hinterbliebenen".

SeuffA. **59** 398 (Naumburg): Die vom Manne zugunsten seiner Frau eingegangene Lebensversicherung gehört zu Lebzeiten des Mannes zu seinem Vermögen.

§ 331. 1. Schmaltz, MecklZ. **22** 348 ff. a) Die Verpfändung der Rechte des Versicherungsnehmers hat gegen die allgemeine Annahme — z. B. **RG.** Gruchots Beitr. **33** 1024, **36** 457, Hellwig 227 — nicht die Folge, daß demnächst das Recht des Dritten mit dem Pfandrechte beschwert zur Entstehung kommt, sondern es entsteht nur ein Pfandrecht an dem Rechte des Versicherungsnehmers; der Pfandgläubiger kann dann auf Grund vollstreckbaren Titels gemäß § 857 ZPO. (Gaupp-Stein Note 2 Ziff. 8) unter entsprechender Anwendung des § 835 ZPO. sich die Rechte des Versicherungsnehmers überweisen lassen und kann dann entweder die Versicherung dem Versicherer zum Rückkauf anbieten und sich aus dem Rückkaufsgelde befriedigen, oder aber, da auch die Benennungsbefugnis des Versicherungsnehmers auf ihn übergegangen ist, sich selbst unter Entsetzung des bisherigen Dritten als Dritten dem Versicherer gegenüber benennen und sich aus der mit dem Tode des Versicherungsnehmers fällig werdenden Versicherungssumme befriedigen; dies alles muß aber vor dem Tode des Versicherungsnehmers erfolgen, da mit diesem Zeitpunkte das Recht des Dritten als ein unentziehbares zur Entstehung gelangt.

b) Die Abtretung der Rechte des Versicherungsnehmers hat an sich nicht, wie Hellwig 226 und anscheinend **RG. 51** 84 f. annehmen, zur Folge, daß das Bezugsrecht des Dritten erlischt; hierzu bedarf es erst einer Entsetzung des Dritten durch den Zessionar mittels einer dem Versicherer gegenüber abgegebenen Erklärung, zu der der Zessionar auch bei bloßer fiduziarischer Abtretung befugt ist.

2. BadFinMin. v. 25. 6. 04, BadRpr. **04** 215 f.: Der Ausbedingung einer Leistung nach dem Tode an einen Dritten bei natürlichen Personen ist bei juristischen Personen die Vereinbarung einer Leistung nach ihrem rechtlichen Untergange gleichzuachten. Im Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften durch Übertragung des Vermögens als Ganzes unter Ausschluß der Liquidation gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft an die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft liegt ein Vertrag zugunsten Dritter vor und die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft erwerben das Recht auf die Aktien der aufnehmenden Gesellschaft unmittelbar mit der Eintragung der Fusion in das Handelsregister. (Vgl. auch **RG.** VII. v. 12. 4. 04).

§ 332. Schmaltz, MecklZ. **22** 346 f.: Beim Versicherungsvertrage zugunsten eines Dritten wird man anzunehmen haben, daß dem Versicherungsnehmer die Befugnis des § 332 auch dann zusteht, wenn sie im Versicherungsvertrage nicht ausdrücklich vorgesehen ist, da der Versicherer kein Interesse daran hat, ob dieser oder jener der Dritte ist, und tatsächlich die Benennung eines anderen als Dritten ohne Zustimmung des Versicherers niemals von dem letzteren beanstandet wird, so daß man hier von einer, weil verkehrsüblichen, stillschweigend vereinbarten Klausel wird reden dürfen; vgl. Hellwig 225. Die den Vertrag ändernde Willenserklärung ist dem Versicherer, als dem Vertragsgegner, gegenüber abzugeben und empfangsbedürftig, wie auch allgemein angenommen wird, gegen die II. Kommission, Prot. 1524; von dieser Regel bildet die Vorschrift des § 332, daß die Benennung in einer Verfügung von Todes wegen erfolgen kann, die Ausnahme.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 336. Der Strafsenat des KG. (DJZ. **03** Nr. 24) erachtet die Gesindedienstverträge nach preußischem Rechte jetzt für formlos gültig, da die Hingabe und Annahme des Mietgeldes nur ein Ersatz der durch das BGB. aufgehobenen Schriftlichkeit ist und § 22 GesO. deshalb gegenstandslos geworden ist. Ihm folgt Lothholz, DJZ. **04** 444, während Drabert, ebenda 114, mit Posseldt-Lindenberg an der Form festhält. Vgl. JDR. **2** Ziff. 2 zu § 336.

LG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 133, LG. Altona, AG. Wilster, ebenda 226: Im Schleswig-Holsteinischen Gesinderecht ist die Annahme des Handgeldes ein wesentliches Erfordernis eines gültigen Gesindevertrags.

§§ 339 ff. 1. Burghart, JustizbRdsch. **04** 92, 94, 102: a) Die Konventionalstrafe ist eine Privatstrafe, die stets eine Hauptverbindlichkeit voraussetzt, wenn diese auch nicht im Bereiche des Privatrechts liegt. Mit Abtretung der Hauptforderung geht auch das Recht auf die Vertragsstrafe über; § 401 steht dem nicht entgegen. Bei Rücktritt des Gläubigers aus §§ 323, 325 ist eine Verwirkung der Strafe ausgeschlossen. Bei teilweiser Erfüllung behält der Gläubiger sein Recht auf die Strafe, sofern der Teil der unterbliebenen Leistung nicht so gering ist, daß die Geltendmachung des Strafanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen würde; der Gläubiger muß, wenn er die Strafe fordert, die angenommene Teilleistung zurückgewähren.

b) Besteht eine Hauptverbindlichkeit im Rahmen des Privatrechts nicht, wie z. B. bei dem Versprechen einer Strafe für den Fall, daß der Versprechende von dem ihm bekannten Vorhaben einer strafbaren Handlung Anzeige erstattet, so kann das Strafversprechen als abstraktes Schuldversprechen bei Wahrung der Form Wirksamkeit haben; das findet jedoch bei den nach § 139 StGB. anzuzeigenden strafbaren Handlungen keine Anwendung.

2. Seelmann, AbürgR. **25** 209 ff.: Die von Transportanstalten den Fahrgästen mitunter auferlegte Zahlung im Falle des Verlustes der Fahrkarte ist als Leistung einer Vertragsstrafe aufzufassen. Vgl. auch **RG.** bezüglich des „Frachtzuschlags", JDR. **1** § 339 Ziff. 8.

§ 339. 1. **RG.** JW. **04** 139: Auch für die Auslegung vertraglicher Strafbestimmungen sind die §§ 133, 157 maßgebend und treffen namentlich dann zu, wenn ein Vertrag, für dessen Verletzung im allgemeinen eine Vertragsstrafe bedungen ist, in der Hauptsache erfüllt ist und nur bezüglich eines verhältnismäßig geringfügigen Teiles der Vertragsleistung, an welcher der Gläubiger kaum noch ein Interesse hat, eine weitere Vertragsverletzung in Frage steht, so daß nicht anzunehmen ist, daß die Parteien hierüber eine Vertragsstrafe bedungen haben würden; es würde gegen die Grundsätze von Treu und Glauben

verstoßen, wenn auch in derartigen Fällen die volle Vertragsstrafe für jeden weiteren Tag der Nichtlieferung geschuldet sein soll. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 339.

2. HansGerZ. **04** Beibl. 40 (Hamburg): Ist die Geldsumme als Reugeld vereinbart, so kann sie nicht als Vertragsstrafe gefordert werden, ihre Geltendmachung setzt vielmehr den Rücktritt des anderen Teiles voraus.

3. Konkurrenzverbot. SächsA. **14** 248 (Dresden): Soweit die Gewerbeordnung anzuwenden ist, kommt es, da es hier an einer dem § 75 HGB. entsprechenden Vorschrift fehlt, auf die Lage des Falles an, ob als Vertragsbestimmung anzunehmen ist, daß der Gewerbeunternehmer auch dann die Vertragsstrafe fordern darf, wenn er dem Angestellten durch sein vertragswidriges Verhalten Grund gibt, das Dienstverhältnis gemäß §§ 133 b, 133 a der Gewerbeordnung aufzulösen, oder wenn er selbst das Dienstverhältnis ohne erheblichen Anlaß kündigt.

4. Im Falle des Satz 2 hält Burghart a. a. O. mit der herrschenden Ansicht — vgl. JDR. **2** Ziff. 4 zu § 339 — ein Verschulden nicht für notwendig, wogegen *Titze, Unmöglichkeit der Leistung 103, die Vertragsstrafe nur für verwirkt hält, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes zuwiderhandelt. Zwar scheint der Wortlaut des Gesetzes das Gegenteil zu besagen. Indessen ist der Satz 2 offenbar nur deshalb aufgenommen, weil in den Fällen, wo die Leistung in einem Unterlassen besteht, von einem Verzug im technischen Sinne nicht die Rede sein kann, so daß der Satz 1 des § 339 allein nicht ausreichen würde. Es liegt ja auch kein Grund vor, den zu einem Unterlassen Obligierten strenger zu behandeln, als den zu einem Tun Verpflichteten. Wie Burghart in Übereinstimmung mit Planck **RG. 55** 79.

§ 341. Zu Abs. 3. 1. Burghart a. a. O. 94 f.: Gläubiger und Schuldner können vereinbaren, daß ein Vorbehalt nicht notwendig ist.

2. Leonhard, Die Beweislast 381 ff.: Zu beweisen ist, daß ohne Vorbehalt angenommen ist.

3. a) **RG. 57** 337, JW. **04** 338: Ein vor der Annahme der Erfüllung und nach verspäteter Herstellung erklärter Vorbehalt ist entgegen der Ansicht von Dernburg II 231 und OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 822, daß ein solcher Vorbehalt als fortwirkend anzusehen sei, wenn er nicht zurückgenommen sei, nicht genügend. Der Vorbehalt muß bei der Annahme geschehen. Dabei sind die Begriffe Annahme der Erfüllung (§ 341), Annahme als Erfüllung (§ 363) und Abnahme (§ 640) gleichbedeutend; es genügt, wenn der Gläubiger die Leistung körperlich hinnimmt und dabei, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, durch sein Verhalten bei und nach der Hinnahme zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne. Unter der Annahme ist nach OLG. 8 441 (Hamburg) die Übernahme des als Erfüllung angebotenen Werkes in die Verfügungsgewalt des Bestellers, das tatsächliche Abnehmen der gelieferten Arbeiten als Erfüllung zu verstehen.

b) R. **04** 445 (Marienwerder): Bei einem durch allmähliche Lieferungen einzelner Teile des Werkes zu erfüllenden Werkvertrage (Bautischlerarbeiten für einen Hausbau) genügt zur Erhaltung des Rechtes auf die Vertragsstrafe die Geltendmachung des Vorbehalts bei Lieferung der ersten Stücke nach Eintreten des Verzugs des Schuldners. Vgl. auch JDR. **2** zu § 341 (Vorbehalt bei der Schlußlieferung genügt).

4. OLG. 8 42 (Hamburg): Voraussetzung ist, daß die als „Erfüllung" der Vertragspflicht angebotene Hauptleistung selbst als Erfüllung vom Gläubiger angenommen ist.

§ 343. 1. Burghart a. a. O. 99 f: a) Ist der Vertrag vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen, so findet § 343 keine Anwendung. Ebenso **RG.** vgl. JDR. **2** § 343 Ziff. 5 und OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 304; Stuttgart, WürttZ. **15** 144 ff.; Braunschweig, R. **04** 334, sowie OLG. Cassel, dagegen Hamburg, JDR. **1** Ziff. 6 b zu § 343.

b) Eine Entrichtung der Strafe liegt nicht im Abgeben eines selbständigen Schuldversprechens oder in der Annahme einer Anweisung oder eines Wechsels; auch Zahlung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils schließt das Verlangen auf Herabsetzung der Strafe — die dann nur im Wege der Berufung geltend zu machen ist — nicht aus, da eine solche Zahlung keine Entrichtung ist.

2. Über Herabsetzung einer in den Statuten einer Versicherungsgesellschaft für den Fall der Nichteinhaltung der Prämienzahlung festgesetzten Vertragsstrafe vgl. SächsA. **14** 226 ff. (Dresden), woselbst ausgeführt wird, daß ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft nicht darin erblickt werden könne, daß sie durch Vereinbarung und Einziehung besonders hoher Konventionalstrafen ihre Vermögensverhältnisse und Rentabilität, sei es auch teilweise zugunsten der übrigen Versicherten, zu verbessern strebte, da dies mit den zu billigenden Gesellschaftszwecken nicht vereinbar wäre, sondern im wesentlichen nur darin zu finden sei, daß den Versicherten ein gewisser Zwang zu pünktlicher Erfüllung ihrer Vertragspflichten auferlegt werde.

3. SächsA. **14** 247 ff. (Dresden): Der Umstand, daß der Gläubiger dem Schuldner, der bei Vermeidung einer Vertragsstrafe die Nichtannahme einer Konkurrenzstellung zugesagt hatte, gekündigt hat, kommt in bezug auf die Höhe der Strafe nicht in Betracht.

4. BadRpr. **04** 258 (Karlsruhe): Sache des Schuldners ist es, darzutun, daß im einzelnen Falle ein offenbares Mißverhältnis zwischen der Strafe und den Interessen des Gläubigers besteht.

5. R. **04** 192 (KG.): Durch die Beantragung der Herabsetzung einer eingeklagten Vertragsstrafe wird der Anspruch dem Betrage nach streitig, so daß das Berufungsgericht, wenn es die in erster Instanz abgewiesene Klage für dem Grunde nach gerechtfertigt ansieht, die Sache zwecks weiterer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen hat (§ 538 Abs. 3 ZPO.).

§ 344. Burghart a. a. O. 101: Die Vorschrift enthält zwingendes Recht.

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346. 1. Oertmann, SeuffBl. **04** 65 ff.: a) Über die Bedeutung der Rücktrittserklärung finden sich zwei verschiedene Grundanschauungen. Die herrschende Lehre verficht eine direkte Wirkung, wonach durch den Rücktritt das ganze Schuldverhältnis vollständig (ipso jure) mit rückwirkender Kraft (ex tunc) aufgelöst wird, so Fischer-Henle, Kaufmann, Neumann, Oertmann, Planck, Schollmeyer, Staudinger-Mayring, Strohal, JheringsJ. **33** 367 f., die Lehrbücher von Cosack (4) I 385, Enneccerus (2) 461, Goldmann-Lilienthal (2) 401, 866, Kuhlenbeck II 199; Kisch, Unmöglichkeit 134 f., 143; Langheineken, Anspruch und Einrede 315 f.; Otto, Sächs. Vorträge über das BGB., **RG. 50** 266 f. Demgegenüber wird besonders von Dernburg II 240, ferner von Matthiaß (3) I 410, Szkolny-Caro, Komm. 347, auch wohl von Crome, System II § 174, Endemann (8) I 851, Stammler, Schuldverh. 130 die Meinung vertreten, daß der Rücktritt das Schuldverhältnis an sich bestehen und nur die daraus entsprungenen Wirkungen entkräftet werden lasse, daß er also, soweit geleistet ist, nur neue Ansprüche auf Rückgabe („Gegenverpflichtungen"), soweit noch nicht geleistet, Einreden gegen die ipso jure fortbestehenden Vertragsansprüche begründet. Eine Mittelmeinung,

vertreten von Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerl. Rechtes 222 (aus der Festschr. f. R. Koch), auch Kipp-Windscheid II 320, 499; Hellwig, Anspruch und Klagrecht 21 f. — vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 346 —, unterscheidet, ob die Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnis im Augenblicke des Rücktritts schon erfüllt waren oder nicht; ersterenfalls war jenes schon untergegangen und der Rücktritt wirkt lediglich forderungsbegründend; letzterenfalls werden die Parteien einfach von ihren Vertragspflichten befreit.

b) Die praktischen Konsequenzen der verschiedenen Ansichten zeigen sich darin, daß nach der herrschenden Lehre der Rücktritt eine rechtsvernichtende Tatsache ist, die im Versäumnisverfahren zu beachten ist und eine Wiederherstellung des Schuldverhältnisses ohne Neubegründung nicht gestattet, während nach der Dernburgschen Lehre der Rücktritt nur ein im Versäumnisverfahren bloß auf Einrede zu beachtendes Gegenrecht erzeugt, auf das wirksam verzichtet werden kann. Ferner nimmt ein für das eine oder andere Schuldverhältnis bestelltes Pfandrecht nach der herrschenden Lehre mit dem Rücktritte sofort sein Ende (§ 1252), während nach Dernburg nur gemäß §§ 1254, 1211 ein Anspruch auf Rückgabe des Pfandes entsteht, so daß das Pfandrecht erst mit der Rückgabe erlischt (§ 1253). Schließlich zerstört nach der herrschenden Lehre der Rücktritt die entstandenen Ansprüche trotz etwa in der Zwischenzeit vollzogener Abtretung dieser an Dritte, während die Dernburgsche Rücktrittseinrede, da nicht zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger bereits begründet (§ 404), gegen den neuen Gläubiger nicht durchschlagen kann.

c) Wenn sich gegen die Dernburgsche Lehre ein jeden Zweifel ausschließender Beweis aus dem Gesetzbuch auch kaum erbringen läßt, ist sie doch zu verwerfen, da sie dem Parteiwillen nicht gerecht wird, und ihre praktischen Konsequenzen zu schweren Bedenken Anlaß geben. Ebensowenig kann der Seckelschen vermittelnden Meinung beigepflichtet werden, da sie nicht beachtet, daß, wenn auch mit der Erfüllung der Ansprüche das Schuldverhältnis erlischt, doch trotz der Erfüllung der Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses, die causa, bestehen bleibt. Während Zahlung, Aufrechnung, Erlaß das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen, hat der Rücktritt nur indirekt solche Wirkung; direkt ist er auf Beseitigung des Vertrags gerichtet, er gehört, wie schon Joh. Demelius, Zur Lehre von der Aufhebung der Rechtsverhältnisse, Erl. Dissert. 02, nachgewiesen hat, zu den Fällen einer mittelbaren Aufhebung der Rechtsverhältnisse und ist deshalb mit Recht vom Gesetzbuche nicht unter dem Gesichtspunkte des Erlöschens der Schuldverhältnisse behandelt worden.

2. Rosenberg, AzivPr. **94** 118 f.: Der Beklagte muß den Vorbehalt des Rücktritts beweisen.

3. R. **04** 334 (Breslau): Hat sich der Darlehnsempfänger mit Rücksicht auf das Darlehn zur Warenentnahme dem Darlehnsgeber verpflichtet, so enthält ohne besondere Abmachung der vorbehaltslose Rückempfang des Darlehns die Befugnis des zur Warenentnahme Verpflichteten, von dem Lieferungsvertrage zurückzutreten.

4. OLG. **7** 471 (KG.): Rücktritt schließt den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus.

§ 349. Vgl. Bruck zu § 158.

§ 351. 1. **RG. 56** 258, JW. **04** 13, DJZ. **04** 266 und JW. **04** 140, SeuffA. 59 179: Steht die Unmöglichkeit der Rückgewähr fest, so hat der Wandelungskläger die Tatsachen, die seine Befreiung von der Rückgabepflicht begründen, anzugeben und zu beweisen, insbesondere also darzulegen, daß ihn kein oder doch den Beklagten ein überwiegendes Verschulden treffe; insbesondere gilt

dies, wenn die Rückgewähr unmöglich ist, weil die Sache weiterveräußert ist, und der Wandelungskläger sie nicht wieder verschaffen kann.

2. **RG. 56** 267, JW. **04** 56: Der Umstand, daß der andere Teil mit der Rücknahme der Sache im Verzug ist, schließt ein Verschulden des Berechtigten an der später eintretenden Herausgabeunmöglichkeit nicht aus; nur eine Minderung der Haftung tritt nach § 300 ein.

§ 353. **RG.** JW. **04** 140, ZBlFrG. **5** 355, Gruchots Beitr. **48** Beilageheft 896: Die Bezugnahme auf § 351 bedeutet, daß der Berechtigte oder der, zu dessen Gunsten er verfügt hat, die Unmöglichkeit der Rückgewähr verschuldet haben muß. Ebenso **RG. 56** 261.

§ 355. Rosenberg, AzivPr. **94** 139: Begegnet der Kläger dem Rücktrittsrechte des Beklagten mit der Behauptung, das Recht sei durch Festsetzung einer Frist oder durch weitere Abreden, Bedingungen, Zeitbestimmungen beschränkt, so trifft den Kläger die Beweislast.

§ 356. **RG. 56** 424 lehnt die von Hellwig, Anspruch 189, vertretene analoge Anwendung der §§ 356, 467, 502, 513 bei Vorhandensein mehrerer Anfechtungsberechtigter ab.

§ 357. Weigelin, Recht zur Aufrechnung 129 Note 5: § 357 findet bei gesetzlichem Rücktrittsrechte keine Anwendung.

§ 358. Rosenberg, AzivPr. **94** 118: Falls Streit darüber herrscht, ob der Rücktritt vorbehalten ist, trifft die den Vorbehalt behauptende Partei die Beweislast.

§ 359. Ledermann, Die Unterschiede des Reugeldes und der Vertragsstrafe (Diss.) 63: Das schon gezahlte Reugeld kann nicht zurückgefordert werden, da das Äquivalent desselben, das Rücktrittsrecht, tatsächlich ausgeübt wurde.

§ 360. 1. Schneider, DJZ. **03** 353, **04** 763 stellt für die Verwirkungsklausel im Versicherungsrechte den Grundsatz auf, daß sie, sofern nicht deutlich das Gegenteil vereinbart ist, nur unter Vorbehalt des Nachweises des Versicherten wirkt, die betr. Verabsäumung sei ohne sein Verschulden eingetreten oder für den Schadensfall ohne Bedeutung geblieben. Vgl. dagegen **RG.** Gruchots Beitr. **47** 395.

2. Rosenberg, AzivPr. **94** 119: Den Vorbehalt der Rechtsverwirkung hat derjenige zu beweisen, der ihn geltend macht.

§ 361. Rosenberg a. a. O. 105: Der Gläubiger muß die Voraussetzungen des Fixgeschäfts beweisen, insbesondere auch dann, wenn er als Beklagter die Gegenleistung wegen Nichterfüllung des Klägers verweigert.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung (zum ersten und zweiten Titel): Nur wenige Arbeiten haben sich diesmal mit der Erfüllung befaßt. Auch sehr wesentliche Entscheidungen waren nicht zu verzeichnen; am reichhaltigsten wurde noch der § 366 erörtert und ausgelegt. — In dem die Hinterlegung behandelnden Titel erscheint am bedeutsamsten die von Hellwig (§ 372 Ziff. 2) erörterte Frage nach dem Recht des Schuldners, die Vorlegung des Erbscheins zu verlangen. Sehr interessant ist auch die (Ziff. 3) Entscheidung des preuß. Kompetenzgerichtshofes über das Verhältnis der Hinterlegungsstellen zum Hinterleger.

Erster Titel. Erfüllung.

Literatur: Berndorff, Annahme an Erfüllungsstatt (1904). — Hedemann, Das Recht auf Rückgabe eines Schuldscheins, Jherings J. **48** 63 ff. — Klein, Die Natur der Erfüllung durch Herstellung bei Schadensersatzobligationen, SächsA. **14** 314 ff. — Ders., HessRspr. **5** 55 u. ÖstRichterZ. **04** 239. — Stampe, Das Kausaproblem des Zivilrechts, eine rechtspolitische Studie an § 365 (1904).

§ 362. 1. *Klein, SächsA. **14** 314—319 führt aus, daß, wenn der Schuldner einen aus Delikt oder Vertragsverletzung herrührenden, dem Gläubiger nicht bekannt gewordenen Schaden herstellt, nicht Erlöschen der Obligation durch „Erfüllung" vorliegt, vielmehr die Obligation hier durch „Zweckerreichung" erlischt. Denn der Gläubiger weiß nichts von der Herstellung, und weil ihm jede Vorstellung von der entstandenen Obligation fehlt, könnte er nicht eine etwaige Erfüllungs-Zwecksetzungs-Offerte akzeptieren. Der Schuldner aber will nicht erfüllen (der animus solvendi fehlt!), sondern verhindern, daß die Obligation dem Gläubiger zum Bewußtsein kommt. Die Obligation aber kann nicht mehr wirken, weil der Gläubiger bereits in die wirtschaftliche Lage versetzt ist, die ihm die Obligation verschaffen sollte.

2. OLG. Posen, PosMschr. **04** 35, R. **04** 251: Da die mit der Klage begehrte Zahlung sich als ein Erfüllungsgeschäft darstellt, das unter die Geltungszeit des neuen Rechtes fällt, ist sie nach den §§ 362 ff. BGB. zu beurteilen. Die Beklagten brauchen Zahlung nur Zug um Zug gegen Erteilung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses in der zur Herbeiführung der Löschung der Hypothek erforderlichen Form zu leisten (§ 368) und konnten nicht in Verzug kommen, ehe ihnen eine diesen Erfordernissen entsprechende Quittung an ihrem Wohnorte als dem Erfüllungsorte tatsächlich angeboten worden war (§ 269 Abs. 1, § 270 Abs. 4). Durch das bloße Versprechen, vor dem Grundbuchamte quittieren zu wollen, kann die Quittungserteilung selbst nicht ersetzt werden.

§ 363. 1. OLG. Breslau, R. **04** 165: Die Umkehrung der den Schuldner für das Erlöschen des Schuldverhältnisses grundsätzlich treffenden Beweislast setzt die Tatsache voraus, daß der Gläubiger die ihm als Erfüllung angebotene Leistung auch als Erfüllung dieses Schuldverhältnisses angenommen hat, und wird nur in den beiden Fällen des Gesetzes zugelassen, um das Nichterlöschen des Schuldverhältnisses darzutun.

2. OLG. Colmar, R. **04** 630: Als Erfüllung angenommen hat der Käufer die Waren noch nicht mit ihrer bloßen Entgegennahme. Vielmehr muß der Wille des Käufers erkennbar sein, in der ihm als Erfüllung angebotenen Leistung die gehörige Erfüllung zu erblicken. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Käufer den Empfang der Waren ohne Vorbehalt dem Verkäufer anzeigt. Fügt er jedoch der Empfangsanzeige den Zusatz bei, die Regulierung werde erfolgen, sobald die Waren untersucht worden, so gibt er dadurch zu erkennen, daß er die Waren vorläufig noch nicht als Erfüllung gelten lasse. Der Verkäufer bleibt dann beweispflichtig für die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waren.

3. **RG. 57** 399, JW. **04** 358: Der Käufer hat zur Geltendmachung seines Wandelungsanspruchs nachzuweisen, daß die Leistung des von ihm angenommenen Grundstücks eine mangelhafte Leistung sei. Unter einer unvollständigen Leistung ist eine mangelhafte mitzuverstehen. Ein Anwendungsfall des § 363, durch dessen Regelung der Beweislast die Ansprüche des Käufers aus mangelhafter Lieferung nicht verloren gehen sollen, ist die für die Wandelungsklage im § 462 BGB. getroffene Bestimmung, nach der, unabhängig von der Auslegung des § 363, der die Rückgängigmachung des Kaufes begehrende Käufer den seinen Anspruch rechtfertigenden Mangel der Kaufsache neben der Verpflichtung des Verkäufers zu dessen Vertretung zu behaupten, und deshalb auch zu beweisen hat.

4. Fuld, SächsA. **14** 456: § 363 findet Anwendung auch im Mietrecht. Die Annahme als Erfüllung kann aber nicht schlechthin in der Übernahme der Wohnung gesehen werden, auch dann nicht, wenn der Mieter unterlassen hat, sich die Geltendmachung der Rechte wegen Mangelhaftigkeit vorzubehalten.

5. OLG. Darmstadt, HessRspr. **4** 154, R. **04** 165: Hat der Käufer den gekauften Wein abgenommen und eingekellert, so trifft ihn die Beweislast für Mängel.

§ 364. 1. *Berndorff, Annahme an Erfüllungsstatt 22 ff.: Die Annahme an Erfüllungsstatt ist ein solutorisches Geschäft und daher grundsätzlich nicht als Kauf zu konstruieren.

Abs. 2. *Berndorff 45 ff. Die Annahme an Erfüllungsstatt durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit entspricht im wesentlichen der römischen Novation.

2. *Betzinger, Beweislast (2) 277 und Betzinger, Entscheidungen zur Beweislast (2) Nr. 154: Wenn der Beklagte gegenüber einer Kaufpreisklage behauptet, die Ware sei ihm an Zahlungsstatt gegeben worden, liegt darin ein Leugnen des Klagegrundes (des Kaufvertrags), weshalb Kläger letzteren zu beweisen hat.

§ 365. 1. *Stampe, a. a. O., besonders 7—8, 43—44: Die Bestimmung ist für Schenkungen, im Hinblick auf §§ 523, 524 BGB., legislativ verfehlt. Die Gewährleistungspflicht richtet sich nach dem jeweilig vorliegenden Güterschiebungstypus (Kauf, Schenkung 2c.); die Hingabe an Erfüllungsstatt ist aber kein solcher Güterschiebungstypus, sondern ein bei der Abwickelung aller möglichen Güterschiebungstypen vorkommendes solutorisches Hilfsgeschäft; die in solutum datio trägt in dieser Hinsicht den gleichen Charakter wie die solutio selber.

2. a) *Klein, HessRspr. **5** 55 führt aus, daß, wenn auf ein Schenkungsversprechen hin durch Leistung an Erfüllungsstatt erfüllt werden soll, für etwaige Eviktionsansprüche die causa des ersten Geschäfts (der Schenkung) maßgebend ist, indem sie das Maß und Schicksal der Leistungen bestimmt, zu denen die späteren causae hinzutreten. Die Eviktionsansprüche aus BGB. § 365 sind also im Falle der Schenkung auch unter dem Gesichtspunkte des BGB. § 523 Abs. 1 eventuell BGB. § 524 Abs. 1 zu beurteilen und nach den dort gegebenen Maßen zu begrenzen. (Gegen Stampe.)

b) *Klein, Aus der Lehre von der causa condicionis implendae, Öst. RichterZ. **04** 239 führt aus, daß die causa condicionis implendae nicht Parteimotiv, sondern causa, Zwecksatzung, ist. (Gegen Stampe.)

3. *Berndorff a. a. O. 87 ff.: Ist der an Erfüllungsstatt geleistete Gegenstand mit einem Sach- oder Rechtsmangel behaftet, so kann der Gläubiger nicht ohne weiteres auf die alte Forderung zurückgreifen oder Schadensersatz fordern, vielmehr sind bei Mängeln im Rechte die §§ 440, 323, 325 und bei Mängeln der Sache die §§ 467, 347 für den Herausgabeanspruch des Gläubigers maßgebend.

§ 366. 1. **RG.** JW. **04** 58: Der Schuldner braucht die im § 366 erwähnte Bestimmung keineswegs ausdrücklich zu treffen, es genügt auch eine stillschweigende Willenserklärung. Das Pr. ALR. I. 16 § 155 bestimmt, daß die Zahlung zunächst auf die Forderung anzurechnen ist, die der Gläubiger zuerst eingefordert hat; in der Praxis ist das gleiche angenommen worden bezüglich der Forderung, die länger fällig ist. Als gesetzliche Regel hat das BGB. diese Unterscheidungen nicht übernommen, Wert haben sie aber auch heute noch als Ausdruck des vermutlichen Willens des Schuldners. Wenn ein Schuldner auf die Androhung der Zwangsvollstreckung eine die vollstreckbare Forderung übersteigende Zahlung leistet, während er wegen anderer gleichfalls fälliger Forderungen desselben Gläubigers noch nicht einmal gemahnt worden ist, so wird in der Zahlung der Wille des Schuldners, zunächst die vollstreckbare Forderung zu tilgen, in der Regel einen so bestimmten Ausdruck finden, daß auch der Gläubiger darüber nicht im Zweifel sein kann.

2. OLG. 8 45 (Colmar): Nach § 366 ist der Schuldner berechtigt, bei einer Zahlung ohne jede Rücksicht auf das Interesse des Gläubigers zu erklären,

daß die Zahlung auf die von ihm beliebig zu bestimmende Forderung angerechnet werde. Auch kann diese Bestimmung, wie andere Willenserklärungen, nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen. Die stillschweigende Bestimmung liegt aber nur dann vor, wenn die Umstände einen zuverlässigen Schluß darauf gestatten, daß der Schuldner gerade diese und nicht eine andere Schuld tilgen wollte, und wenn jene Umstände seinen Willen in einer für den Gläubiger erkennbaren Weise äußerlich hervortreten lassen. Das folgt ohne weiteres daraus, daß die Bestimmung zu den empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften gehört (vgl. Planck zum § 366). Ein rein innerlich gebliebener und durch nichts in die äußere Erscheinung getretener Wille des Schuldners ist bedeutungslos.

3. Einzelnes.

a) OLG. Stuttgart, R. **04** 334: Hat der Gläubiger mehrerer Forderungen gegen denselben Schuldner für eine von ihnen einen vollstreckbaren Titel erlangt, so liegt in einer Zahlung des Schuldners die stillschweigende Bestimmung, daß diejenige Schuld getilgt werden solle, für welche der vollstreckbare Titel besteht.

b) OLG. Marienwerder, R. **04** 552: Hat der Gläubiger an den Schuldner eine Forderung aus Kaufpreis für Waren und eine Forderung aus einem Wechsel und reicht der von dem Schuldner ohne nähere Bestimmung gezahlte Geldbetrag zur Befriedigung des Gläubigers wegen beider Forderungen nicht aus, so kann, wenn beide Forderungen fällig sind, der Gläubiger den gezahlten Betrag zunächst auf seine Kaufpreisforderung verrechnen. Die Schuld aus einem zivilrechtlichen Schuldverhältnis bietet geringere Sicherheit als die Schuld aus einem Wechsel.

c) BayObLG., R. **04** 445: Gibt ein Kreditverein einem Darlehnssucher statt Bargeld Kassascheine zu dem Zwecke, daß der Empfänger sich darauf Geld beschafft, und nimmt dieser das in der Ausstellung der Kassascheine gelegene selbständige Schuldversprechen an Zahlungsstatt an, so entsteht dadurch die Darlehnsschuld des Geldbedürftigen und die Verpflichtung des Vereins zur Einlösung der Kassascheine am Fälligkeitstermin. Der Darleiher kann, wenn die Kassascheine zur Verfallzeit nicht eingelöst werden, seine Forderung aus diesen gegen die Darlehnsforderung aufrechnen. Will der Verein von dem Widerspruchsrechte des § 366 Abs. 2 BGB. Gebrauch machen, so muß er den Widerspruch gegen die von dem Aufrechnenden getroffene Bestimmung der durch Aufrechnung zu tilgenden Forderung richten.

d) KG. R. **04** 47 Nr. 196: Zahlungen, die nach dem Inkrafttreten des BGB. aus einem vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Rechtsverhältnisse geleistet worden sind, sind, in analoger Anwendung des § 366 BGB., in dem Falle, daß die Verpflichtung des Schuldners aus einem Schuldverhältnis herrührt, auf diejenigen Raten zu verrechnen, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bieten, d. h. auf die am ehesten verjährenden ältesten Raten.

4. *Franz Leonhard, Beweislast 385: Wer die gesetzliche Anrechnung fordert, muß beweisen, daß ohne Tilgungsbestimmung gezahlt ist.

§ 367. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 115: Ist eine Hypothek zur Sicherheit nur für das Kapital, nicht aber für Zinsen und Kosten einer Forderung bestellt, so kann der Schuldner die Löschung verlangen, sobald das Kapital angeboten wird; der Hypothekengläubiger kann nicht verlangen, daß das Angebotene zunächst auf Zinsen und Kosten verrechnet werde.

§ 368. Vgl. unten § 397 Ziff. 1 I a.

*Seelmann, AbürgR. **25** 192 ff.: Nicht Quittungen sind die Straßenbahn-, Eisenbahn-, Theaterbillets und ähnliche Marken, da sie eine eigenhändige Unterschrift (§ 126 BGB.) nicht zu tragen pflegen, sie sind überhaupt nicht Beweisurkunden, sondern nur Beweiszeichen; denn nicht ihr Inhalt

beweist, daß und von wem gezahlt ist, sondern beides kann nur im Wege eines Indizienbeweises aus der Tatsache, daß ein (ausgegebenes) Billet vorliegt und daß eine bestimmte Person es besitzt, gefolgert werden. Soweit sie einen Vermerk über die Höhe der Zahlung tragen, sind sie in Ansehung dieses Vermerkes Beweisurkunden.

2. OLG. Posen, PosMschr. **04** 35: Eine Quittung ist dem Schuldner an seinem Wohnorte, als dem Erfüllungsorte, tatsächlich anzubieten. Vgl. oben § 362 Ziff. 2.

3. *Rech, Das Rechtsverhältnis 60: Der Schuldner hat ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273. Die abweichende Ansicht von Breuer, Das Zurückbehaltungsrecht des BGB. 72 ff., verkennt, daß der Anspruch des Schuldners auf Quittungserteilung nicht erst mit der Bewirkung der Leistung, sondern bereits mit dem richtigen Angebot derselben fällig wird.

§ 371. *Hedemann, Iherings J. **48** 63 ff.: Da der Besitz eines Schuldscheins nur in seltenen Fällen eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, muß die besondere Rückforderungsklage des § 371 auch noch über dessen Rahmen hinaus ausgedehnt werden. Persönlich: Verpflichtet zur Rückgabe auch besitzende Dritte, berechtigt ebenfalls der zahlende Dritte; sachlich: auch bei Erlöschen durch Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, Vergleich oder bei Ungültigkeit von Anfang an. — Zu Abs. 2: Gegen die Protokolle ist mit d. h. M. anzunehmen, daß der Gläubiger, nicht der Schuldner beweisen muß. Persönliche Grenze für den Surrogatanspruch: verpflichtet hier nur Schuldner selbst, berechtigt dagegen auch der zahlende Dritte. Sachlich wie oben.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

Vorbemerkung: (S. oben zum ersten Titel).

§ 372. 1. a) **RG. 59** 14, JW. **04** 550: Der Schuldner hat, bevor er hinterlegt, zu prüfen, ob Zweifel über die Person des Gläubigers vorhanden sind. Nur dann, wenn die Prüfung zu begründeten Zweifeln über die Person des berechtigten Gläubigers führt, kann die Sache mit den im Gesetze vorgesehenen Wirkungen hinterlegt werden. Ob dabei die Ungewißheit auf der Beurteilung tatsächlicher oder rechtlicher Fragen und Verhältnisse beruht, macht keinen Unterschied. Das BGB. steht auf dem Standpunkte des gemeinen Rechtes. Einerseits soll die objektive Gewißheit bezüglich der Person des Gläubigers unter mehreren Prätendenten nicht in allen Fällen das Recht zur Hinterlegung beseitigen; es soll das Hinterlegungsrecht auch dann anerkannt werden, wenn bei dem Schuldner begründete subjektive Zweifel in der bezeichneten Richtung bestehen konnten. Andererseits ist aber davon auszugehen, daß bei objektiv klarer Sachlage begründete Ansprüche möglichst nicht in Frage gestellt werden sollen, indem zu große Nachsicht in dieser Hinsicht dem Schuldner gegenüber leicht zu Unrecht gegen den berechtigten Gläubiger führen würde.

b) BayrObLG., SeuffBl. **04** 62, vgl. JDR. **2** § 372 Ziff. 2b: Die Ungewißheit darf nicht auf Fahrlässigkeit beruhen; sie darf insbesondere nicht auf Zweifeln beruhen, die eine verständige Person überhaupt nicht hegen kann, oder die bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehoben werden können. Der Zweifel muß ein solcher sein, den auf seine Gefahr zu lösen dem Schuldner nicht zugemutet werden kann.

2. Hellwig, SeuffBl. **04** 474 (vgl. auch unten zu § 412 Ziff. 1b): Der § 372 BGB. und der § 94 ZPO. nützen dem Schuldner nichts, wenn man ihm das Recht, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, abspricht. Hat der Schuldner hinterlegt, so kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 380 die Abgabe einer Legitimationserklärung verlangen. Ist bei einer Klage des Erben ein

Erbschein nicht erforderlich, weil der Erbe ein Testament oder Urkunden vorlegt, aus denen sich seine Erbenqualität ergibt, so muß der Schuldner sich gefallen lassen, daß in diesem Prozesse über die Echtheit des Testaments usw. verhandelt wird. Der Beklagte wird in einen Streit gezogen, an dem er selbst nicht das geringste Interesse hat und in dem es ihm in der Regel an der Kenntnis der Umstände fehlt, von denen die Beantwortung der Beerbungsfrage abhängt. Und doch muß der Schuldner an den verus heres zahlen, wenn in dem Prozesse die Erbrechtsfrage unrichtig entschieden wird. Der Schuldner ist nur geschützt, wenn man ihm ein Recht zur Vorlegung eines Erbscheins gibt.

3. Preuß. Gerichtshof z. Entsch. der Kompetenzkonflikte, DJZ. **04** 655: Das BGB. trifft positive Bestimmungen über das Verhältnis der Hinterlegungsstelle zu dem Hinterlegenden bzw. dem Empfänger nicht. Die Vorschriften der §§ 372 ff. über die Hinterlegung betreffen nur das Verhältnis zwischen dem hinterlegenden Schuldner und dem Gläubiger, um dem ersteren die Möglichkeit zu geben, sich von seiner Schuldverbindlichkeit zu befreien. Dies gilt auch von dem § 376 über das Recht des Schuldners zur Zurücknahme der hinterlegten Sache. Auch dieses ist nur ein Recht dem Gläubiger gegenüber, und die Erklärungen, durch welche es ausgeschlossen werden kann, würden eigentlich vom Schuldner dem Gläubiger, bzw. vom Gläubiger dem Schuldner gegenüber abzugeben sein. Daß sie der Hinterlegungsstelle gegenüber abzugeben sind, ist nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten vorgeschrieben, damit die Hinterlegungsstelle notwendig Kenntnis von ihm bekommt; sie sind ihr gegenüber einseitige Erklärungen. Wenn im § 232 dem Berechtigten ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung gewährt wird, so ist damit über die Natur dieser Forderung nichts bestimmt. Diese hängt vielmehr von der landesrechtlichen Regelung des Hinterlegungswesens ab. Und wenn weiter die §§ 688 ff. das Recht des Verwahrungsvertrags geordnet haben, und die Verwahrung hier gelegentlich Hinterlegung, der zur Verwahrung Gebende Hinterleger genannt wird, so ergibt sich daraus auch nicht, daß das Verhältnis zwischen der öffentlichen Hinterlegungsstelle des § 372 und dem Hinterlegenden nach diesen Vorschriften beurteilt werden soll. Dagegen spricht EG. Art. 145 von dem Verhältnisse der Hinterlegungsstelle und dem Hinterlegenden bzw. Empfangsberechtigten, aber in dem Sinne, daß er die Bestimmungen in dieser Hinsicht im wesentlichen der Landesgesetzgebung überläßt, und zwar wird besonders hervorgehoben, daß diese den Nachweis der Empfangsberechtigung zu regeln befugt ist. Nach der aus den Motiven hervorgehenden Absicht des Gesetzes können die Landesgesetze auch die betreffenden Bestimmungen dem Gebiete des Privatrechts entziehen und dem öffentlichen Rechte zuweisen und so den Rechtsweg für die Beteiligten ausschließen. Soweit eine Neuregelung nicht erfolgt ist, behält es bei den geltenden Bestimmungen der Landesgesetze sein Bewenden. Selbstverständlich stehen den ausdrücklichen Bestimmungen der Landesgesetze diejenigen Rechtssätze gleich, welche durch Wissenschaft oder Rechtsprechung aus denselben abgeleitet werden. Es verbleibt mithin auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes dabei, daß bei Prüfung des Nachweises der Empfangsberechtigung die Hinterlegungsstelle als Vertreterin der Staatshoheit, nicht lediglich des Fiskus, handelt und der Rechtsweg gegen ihre Verfügungen ausgeschlossen ist. S. auch unten zu § 688.

§ 380. Hellwig, SeuffBl. **04** 474 (vgl. oben § 372 Ziff. 2): Der § 380 birgt eine große Gefahr für den Schuldner, der deswegen hinterlegt hat, weil die Geschäftsfähigkeit des Gläubigers ungewiß ist. Verklagt dieser den Schuldner aus § 380, indem er behauptet, daß er vollkommen geistig gesund und von seinen Angehörigen mit Unrecht als geistesgestört bezeichnet werde, so kann dem Beklagten nicht geholfen werden, solange die Entmündigung nicht herbeigeführt ist.

Nicht einmal vor den Prozeßkosten kann er bewahrt werden, wenn er der Klage widersprochen hat.

§ 383. **RG.** R. **04** 580 Nr. 2567: Der an einem anderen als dem vertraglichen Erfüllungsorte vorgenommene Selbsthilfeverkauf ist unwirksam.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: Die wissenschaftliche Behandlung der Fragen über die Aufrechnung im Berichtsjahre hat gegenüber den vergangenen Jahren erheblich nachgelassen. Außer den Schriften von Weigelin und Martinius sind Arbeiten speziellen Inhalts nicht zu verzeichnen. Einen Nachtrag zu der im JDR. 2 §§ 387, 388 behandelten Frage bietet Stölzel in einem im AzivPr. **96** abgedruckten Aufsatze, welcher indes erst im nächsten Jahrgange berücksichtigt werden kann. Er enthält lediglich Entscheidungen des RG., die zum Teil noch nicht veröffentlicht sind. Von Entscheidungen, die im nachstehenden Titel abgedruckt werden, erscheint als die wichtigste die zu §§ 387, 388 Ziff. 8a, § 396 Ziff. 2 wiedergegebene. Selbst die im § 394 behandelten Fragen haben diesmal keine eingehende Betrachtung gezeitigt. Auch die veröffentlichten Entscheidungen zu § 394 geben fast keine erhebliche Streitfrage, kein besonders interessantes Problem wieder.

Literatur: Martinius, Die Eventualaufrechnung, AbürgR. **24** 277. — Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld.

§§ 387, 388. 1. *Weigelin. a) Das aufrechenbare Gegenübertreten der Forderungen bewirkt die Entstehung des Rechtes zur Aufrechnung für einen oder beide Teile. Eine weitergehende Wirkung, insbesondere bedingte Tilgung der Forderungen tritt nicht ein (9 ff.).

b) Gegen eine Nichtschuld kann nicht aufgerechnet werden (59 ff.); ebensowenig gegen eine klaglose Verbindlichkeit (62). Gegen eine einredebehaftete Verbindlichkeit kann selbst dann aufgerechnet werden, wenn die Einrede eine zerstörliche ist (63). Im Falle der Unkenntnis der Einrede kann die Aufrechnung wegen Irrtums angefochten werden (64 ff.).

c) Ein Dritter kann selbst mit Einwilligung des Gläubigers nicht mit dessen Forderung aufrechnen (69).

d) Das Einziehungsrecht an einer Forderung kraft Nießbrauchs, Pfandrechts oder Pfändungspfandrechts berechtigt auch zur Aufrechnung (76 ff.).

2. a) *Martinius, AbürgR. **24** 277—299: Die Eventualaufrechnungserklärung ist (trotz der Motive) eine bedingte. Kommt ein Vertrag über Eventualaufrechnung zustande, so liegt die Sache entsprechend wie nach Vorbehaltszahlung. Der Eventualaufrechner behielt eine durch das Nichtbestehen der Forderung des anderen Teiles bedingte Forderung inne. Die innebehaltene bedingte Forderung ist vom Eventualaufrechner aufzugeben, wenn die Eventualaufrechnung der Definitivaufrechnung und damit auch der Definitivzahlung gleichwertig werden soll. Durch Aufgabe der innebehaltenen bedingten Forderung gewährt Eventualaufrechner den durch unvollständige Erfüllung gelassenen Leistungsrückstand. Auf letzteren hat der andere Teil so wenig verzichtet, wie der Gläubiger durch Annahme einer Vorbehaltszahlung darauf verzichtet, vom Vorbehaltszahler zu verlangen, daß dieser die innebehaltene, durch das Nichtbestehen der Forderung des Gläubigers bedingte Forderung auf Rückgewähr einer der unter Vorbehalt gezahlten gleichen Geldsumme aufgebe. Der andere Teil hat eine Leistungsklage auf Gewährung des Leistungsrückstandes seitens des Eventualaufrechners durch Aufgabe der innebehaltenen bedingten Forderung, keine Feststellungsklage. Weder der Ansicht des Reichsgerichts, welches eine kostspielige, für den Tenor des Urteils belanglose Beweisaufnahme veran-

laßt sehen will, noch Stölzel, welcher nach Eventualaufrechnung den Kläger abweist und die Hauptsache zum Teil unerledigt läßt, kann beigepflichtet werden.

b) **RG.** 57 101, JW. 04 173: Die eventuelle Aufrechnung wird von dem im § 388 enthaltenen Verbot bedingter Aufrechnung nicht betroffen.

3. *Weigelin, a) Die Aufrechnung im Prozesse und außerhalb desselben steht unter denselben Rechtsregeln (8).

b) Aus dem Umstand allein, daß eine Aufrechnungserklärung in einen vorbereitenden Schriftsatz aufgenommen wird, ist nicht zu folgern, daß eine bloße Ankündigung künftiger Aufrechnung in der mündlichen Verhandlung vorliege (157).

c) Die Prozeßvollmacht ermächtigt zur Abgabe und Entgegennahme von Aufrechnungserklärungen (158 ff.). Vgl. über diese Frage JDR. 2 §§ 387, 388 Ziff. 4.

d) Erfolgt die Aufrechnung durch Vertrag, so ist sie auch dann gültig, wenn eine der Forderungen nicht bestand; jedoch greift § 812 ein (124 Nr. 2).

e) Die Eventualaufrechnung ist zulässig, sofern sie den Sinn hat, daß die Aufrechnung von dem gegenwärtigen Bestehen der Gegenforderung abhängig gemacht werden soll, ebenso die sog. „Vorbehaltsaufrechnung" (133 ff.). Ungültig ist sie, wenn sie von der künftigen Feststellung der Gegenforderung abhängig gemacht wird (138). Im Zweifel ist die Eventualaufrechnung in dem Sinne zu deuten, daß sie gültig bleibt (139 ff.).

f) Auch mit einem Teilbetrag einer Forderung und gegen einen solchen kann aufgerechnet werden (141 ff.). Unzulässig ist es dagegen, gerade gegen den eingeklagten Teil einer Forderung aufzurechnen; der Klagantrag bleibt vielmehr insoweit begründet, als die Klageforderung im ganzen die Gegenforderung übersteigt (142 ff.).

4. Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse 272 (vgl. oben zu §§ 241 ff. Ziff. 5 b): Das Recht der Aufrechnung ist an die Inhaberschaft der Forderung geknüpft, mit der aufgerechnet werden soll. Daraus ergibt sich, daß ein Dritter die Aufrechnung nicht geltend machen kann, er wäre dann aktives Subjekt der aufzurechnenden Forderung. Erfolgt die Aufrechnung des Aufrechnungsrechts ohne ausdrückliche gleichzeitige Abtretung der Forderung, so ist die Forderung als stillschweigend in der Abtretung des Aufrechnungsrechts, wenn auch vielleicht durch die wirkliche Vornahme der Aufrechnung bedingt, mit abgetreten anzusehen.

5. *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 77 ff., 89 ff., 161 ff.: Das ausdrückliche und absolute Bedingungsverbot bei der Aufrechnungserklärung, bei der Annahme und der Ausschlagung eines Vermächtnisses (§ 2180 BGB.) und bei der Abandonerklärung (§ 866 HGB.), ist nicht nur überflüssig, weil es bereits im Wesen der empfangsbedürftigen Willenserklärung begründet ist (vgl. zu § 158 BGB.), sondern auch unbillig, weil auch solche Bedingungen und Zeitbestimmungen mitbetroffen werden, bei denen ein rechtlich begründetes Interesse an ihrem Ausschlusse nicht vorhanden ist. Aus dem Mangel eines öffentlichen Interesses an der Unbedingtheit folgt die Verzichtbarkeit des Verbots. Hat ausnahmsweise ein Dritter ein Bestimmtheitsinteresse, so bedarf die Vereinbarung seiner Zustimmung.

6. *Siegmund Klein, Die Zahlungseinstellung des Girokunden, GoldschmidtsZ. 55 181—202: Da die Girobank nicht verpflichtet ist, Verfügungen noch zuzulassen, wenn es der Stand des Kontos des Kunden nicht erlaubt, auch durch eine Erklärung, sie werde Verfügungen nicht mehr zulassen, der Girovertrag nicht unwirksam geworden ist, so kann die Girobank nachher noch Überweisungen für den Kunden entgegennehmen, selbst wenn sie es nur tut, um sich Objekte zur Aufrechnung zu verschaffen, und diese Aufrechnung vornehmen.

7. **RG. 56** 362, JW. **04** 112. Die Aufrechnung erfolgt gegenüber dem Gläubiger, welcher zugleich der Schuldner ist, oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter desselben oder demjenigen, der sonst an Stelle des Gläubigers über die Forderung zu verfügen, sowie die Schuld anzuerkennen oder zu bestreiten befugt ist. Im Konkurse trifft dies auf den Konkursverwalter zu (§ 6 KO.).

8. Einzelne Fälle.

a) **RG. 57** 99, JW. **04** 173: Klagt der Kläger einen bestimmten Teil seiner Forderung ein, indem er den Rest seiner Forderung begehrt, der durch die von ihm zwar bestrittene, vorsorglich aber doch berücksichtigte, Gegenforderung nicht betroffen würde, so ist er hierzu berechtigt mit der Wirkung, daß im Prozesse dieser Überrest seiner Forderung festgestellt und gegebenenfalls ihm zugesprochen würde. Er ist durch diese Art der Klagestellung der Aufrechnung des Beklagten zuvorgekommen, indem er selbst mit dem nicht eingeklagten Teile seiner Forderung gegen die Gegenforderung des Beklagten aufgerechnet hat.

Vgl. dazu OLG. Marienwerder PosMschr. **04** 51: Der einen Teilbetrag einklagende Gläubiger kann den Schuldner mit der Einrede der Aufrechnung nicht auf den nicht eingeklagten Forderungsrest verweisen.

b) OLG. Stettin, R. **04** 281: Eine Aufrechnung gegen den Gläubiger kraft einer seinem Schuldner abgetretenen Forderung ist für den Schuldner erst in dem Zeitpunkte möglich, wo er die Abtretungsurkunde dem Gläubiger und debitor cessus aushändigt, da er alsdann erst „die ihm gebührende Leistung fordern kann".

c) OLG. Breslau, R. **04** 334: Hat sich der Schuldner ausdrücklich zur Zahlung verpflichtet, so gibt er damit deutlich zu erkennen, daß er von seiner Aufrechnungsbefugnis absieht, falls nicht das Fehlen eines Verzichts trotzdem aus den Umständen zu entnehmen ist. Barzahlen ist nur eine Verschärfung des Ausdrucks der Abführung einer Geldschuld im Sinne des § 362 BGB., um das Schuldverhältnis durch das gewöhnliche Mittel der Erfüllung zum Erlöschen zu bringen.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 39: Gleichartigkeit liegt nicht vor, wenn ein Teil ein infolge einer Bereicherung erlangtes Forderungsrecht, der andere eine bare Geldforderung hat.

e) **RG.** (Straff.) DJZ. **04** 72: Solange der Kompensationswille durch die Erklärung, aufrechnen zu wollen, dem Gläubiger gegenüber nicht kundgetan ist, wird die Forderung allein durch das tatsächliche Gegenüberstehen einer Gegenforderung in ihrem Bestande nicht berührt und bleibt mithin auch das mit ihr akzessorisch verbundene Pfandrecht in Kraft. Der Angeklagte kann sich daher nicht darauf berufen, daß § 289 StGB. deshalb verletzt sei, weil seine Behauptung, daß er gegen den Vermieter eine Gegenforderung habe, nicht berücksichtigt worden sei.

f) *Merzbacher, G. m. b. H. § 19 Anm. 4: Der § 19 Abs. 2 des Gesetzes, betr. die G. m. b. H. enthält eine Ausnahme von § 387 BGB. Die vertragsmäßige Aufrechnung bleibt nur insoweit zulässig, als gleich hohe fällige Forderungen auf beiden Seiten bestehen und die Ausschließung der Aufrechnung auf nichts anderes als ein Hin- und Herzahlen hinauslaufen würde oder als die Aufrechnung als Sacheinlage erscheint.

g) **RG. 57** 97, JW. **04** 173: Die für vor 1900 entstandene Forderungen nach 1900 abgegebene Aufrechnungserklärung ist nach neuem Rechte zu beurteilen.

§ 389. 1. *Weigelin: a) Die Aufrechnung hat rückwirkende Kraft nur in dem Sinne, daß die seit der Aufrechenbarkeit von den Forderungen ausgegangenen Wirkungen mit dem Zeitpunkte der Aufrechnungserklärung wieder

beseitigt werden (9 ff.). An der Tatsache als solcher, daß die Tilgung der Forderungen erst im Augenblicke der Aufrechnungserklärung eintritt, wird hierdurch nichts geändert. Es muß daher der Beklagte, welcher erst nach Klagerhebung aufrechnet, grundsätzlich die Kosten tragen (19) (vgl. JDR. **1** §§ 387, 388 Ziff. 6 (286). Ebenso ist Vollstreckungsgegenklage zulässig, wenn nach dem dort maßgebenden Zeitpunkte aufgerechnet wird (20).

b) Rückwirkung findet statt auf den Zeitpunkt, in welchem das Aufrechnungsrecht desjenigen Teiles entstanden ist, welcher die Aufrechnung erklärt (164).

c) Rückwirkung bei allmählich anwachsenden Forderungen (164 ff.).

d) Durch die Rückwirkung wird auch eine etwa verfallene Vertragsstrafe wieder beseitigt. In der Ausbedingung einer Vertragsstrafe kann jedoch die Vereinbarung des Ausschlusses der Aufrechnung überhaupt gefunden werden (166).

2. Zu §§ 389 ff. BGB. bietet *Betzinger (Beweislast (2) 1904, 23 ff.) eine Konstruktion auf der Grundlage des von ihm aufgestellten Begriffs der „Antragsnormen"; vgl. zu § 202 ² BGB.

3. **RG. 58** 258: Der durch das Bestehen einer Forderung des Beklagten im Inlande gegen ihn begründete Gerichtsstand kommt durch eine nach der Klagerhebung seitens des Klägers erfolgte Aufrechnung der Forderung nicht in Wegfall. Denn die Bestimmung des § 389 bezüglich der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung hat nur materielle Wirkung. Ein Erstrecken der Wirkung auf das Gebiet des Prozeßrechts erscheint nicht angängig. Bestand zur Zeit der Klagerhebung die Forderung, war also ein die Zuständigkeit des inländischen Gerichts begründender Umstand gegeben, so kann die Zuständigkeit durch die Aufrechnungserklärung nicht beseitigt werden.

§ 390. *Weigelin: 1. Anfechtbarkeit einer Forderung hindert die Aufrechnung nicht (53); ebensowenig der Umstand, daß für die aufzurechnende Forderung der Rechtsweg ausgeschlossen ist, es sei denn, daß ein Anspruch des öffentlichen Rechtes vorliegt (116 ff.). Vgl. JDR. **1** zu § 390 Ziff. 1, und **2** zu § 390 Ziff. 1.

2. Die Einreden aus § 1973 und § 1990 hindern die Aufrechnung nicht (55 ff.).

§ 391. *Weigelin: Gegenüber der Schadensersatzpflicht aus Satz 2 kann der Aufrechnende sich unter Umständen mit Erfolg darauf berufen, daß ein eigenes Verschulden des Beschädigten insofern vorliege, als dieser unterlassen habe, anzufragen, ob aufgerechnet werde und auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen (105). Vgl. JDR. **2** zu § 391.

§ 392. *Weigelin: Auf Kenntnis von der Beschlagnahme kommt es nicht an (94).

OLG. Zweibrücken, R. **04** 601: Die in Zäpflerverträgen (Miet- und Bierlieferungsverträgen) häufig vorkommende Klausel, daß im Falle der Nichteinhaltung eines garantierten Maßes des Bierbezugs für jeden Hektoliter des Minderbezugs ein bestimmter Betrag an den Bierlieferanten (Mieter) zu vergüten und vom Mietzins abzurechnen sei, berührt an sich den Umfang der Mietzinsforderung nicht und hindert daher den Gläubiger des Vermieters nicht, die unverminderte Mietzinsforderung zu beschlagnahmen.

§ 393. *Weigelin: 1. Nicht ausgeschlossen ist die Aufrechnung gegen eine Forderung auf Schadensersatz wegen vorsätzlicher Verletzung einer Vertragspflicht (111).

2. Sind beide Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen hervorgegangen, so kann keiner der beiden Gläubiger aufrechnen (111).

§ 394. 1. Weigelin: a) Das nach § 273 begründete Zurückbehaltungsrecht bleibt hierdurch unberührt (109 ff.).

b) Der Aufrechnung mit einer unpfändbaren Forderung steht nichts im Wege (112).

2. *Wallroth, AbürgR. **24** Heft 2, Über das Verhältnis des Zurückbehaltungsrechts und der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zum Aufrechnungsgebote; vgl. unter §§ 273 und 320: Die Verabredung einer Lohnminderung für den Fall mangelhafter Erfüllung der Hauptverpflichtung (Arbeit) ist nur eine besondere Form der Lohnbemessung und deshalb statthaft. Für den Fall eines Werkzeug- oder Materialschadens dagegen ist die Lohnminderungsabrede unzulässig, weil sie eine Umgehung des Lohnaufrechnungsverbots darstellen würde.

3. GG. Hamburg, GewG. **9** 120 hat sich der Ansicht des GG. Berlin (vgl. IDR. **2** § 394 Ziff. 5 b), daß Lohnvorschüsse dadurch, daß sie nicht auf den Arbeitsverdienst des Arbeiters abgerechnet, sondern ihm auf sein Bitten fernerhin gestundet werden, zu einem Darlehn werden, nicht angeschlossen. An einem positiven Anhalt für die Annahme einer solchen Novation fehlt es gänzlich. Bei einer Auslegung des Parteiwillens nach Treu und Glauben kann man nur zu der Überzeugung kommen, daß durch die vorläufige Unterlassung der Anrechnung von Lohnvorschüssen infolge besonderer Bitte des Arbeiters der Arbeitgeber nichts weiter konzedieren will, als eben diese vorläufige Unterlassung, daß es ihm aber fernliegt, in eine Änderung des Rechtsverhältnisses zu willigen, welche den Arbeiter berechtigen würde, eine Abarbeitung der vorgeschossenen Beträge zu verweigern und den Arbeitgeber auf spätere freiwillige Rückzahlung zu vertrösten, welche daher in Wirklichkeit meistenteils auf einen gänzlichen Verlust der vorgeschossenen Beträge für den Arbeiter hinausliefe. Vorschüsse sind nichts anderes als im voraus bezahlte Arbeitslöhne. S. über die Natur der Lohnvorschüsse auch IDR. **1** zu § 614, **2** zu § 607 Ziff. 4 u. u. zu § 607.

4. Behrend, R. **04** 574: Eine Forderung, gegen die an sich nicht aufgerechnet werden kann, unterliegt nicht deshalb der Aufrechnung, weil sie der privilegierten Pfändung unterworfen ist.

5. *Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2) 1905 83/84: Aufrechnung gegen den nicht pfändbaren Gehaltsteil ist schlechthin unzulässig, auch mit Forderungen aus unerlaubten Handlungen, z. B. Diebstahl oder Unterschlagung, des Dienstverpflichteten. Eine solche unzulässige Aufrechnung kann auch nicht im Wege eines Zurückbehaltungsrechts realisiert werden, ebensowenig durch die Konstruktion, daß bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Schädigung des Dienstherrn durch den Dienstverpflichteten der Vergütungsanspruch des letzteren in entsprechender Höhe gar nicht entstanden sei.

6. Aus der Praxis.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 888: Eine Aufrechnung des Unterhaltspflichtigen mit den zu viel gezahlten Beträgen gegen eine fernere, später fällig werdende Unterhaltsschuld ist nicht statthaft.

OLG. Dresden, R. **04** 575; IDR. **2** § 394 Ziff. 7: Die Aufrechnungs- und Zurückbehaltungseinrede ist gegenüber einer zwar auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden, aber durch Vergleich festgesetzten Alimentforderung unzulässig.

b) OLG. Marienwerder, R. **04** 314: Hat ein Arbeitnehmer durch schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen seine Vertragspflichten dem Arbeitgeber einen Vermögensschaden zugefügt, so kann dieser seine Schadensersatzforderung gegen die nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes v. 21. 6. 1869 unpfändbare Lohnforderung des Arbeitnehmers nicht aufrechnen. Er ist aber berechtigt, auf Grund des § 242 BGB. den Lohn bis zu seiner Befriedigung wegen seiner Schadensersatzforderung einzubehalten.

c) LG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 51: Der Arbeitgeber kann gegen eine von der Ehefrau seines Arbeiters wegen Alimente gepfändete Lohnforderung

mit Gegenansprüchen an den Arbeiter aufrechnen. Aus dem Wortlaute des § 394 „soweit" in Verbindung mit § 4 Ziff. 3 BeschlagnahmeG. folgt, daß die Lohnforderung, soweit aus einem Unterhaltstitel gepfändet wird, unter keinen Umständen der Pfändung entzogen ist; die Aufrechnung ist daher uneingeschränkt zulässig. Vgl. gegen diese zu „erheblichen Bedenken" Veranlassung gebende Entscheidung die Anm. des Einsenders.

d) GG. Kiel, GewG. **9** 120: Irrtümlich zu viel bezahlter Lohn kann nicht gegen die Lohnforderung aufgerechnet werden.

§ 396. 1. *Weigelin zu Abs. 1: a) Wenn der Aufrechnende es unterläßt, die Forderungen zu bestimmen, mit welchen aufgerechnet werden soll, so findet § 366 Abs. 2 an sich keine Anwendung (148 ff.).

b) Eine verjährte Forderung ist als eine solche anzusehen, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, als eine unverjährte (152 ff.).

Zu Abs. 2. a) Ablehnung einer abweichend gestalteten Anrechnungsbestimmung bewirkt Ungültigkeit der Aufrechnung (145).

b) Unverzügliche Ablehnung ist an sich nicht notwendig (145).

2. RG. **57** 99, JW. **04** 173; vgl. §§ 387, 388 Ziff. 8a: Wenn eine Warenpreisforderung vertragsmäßig in vier Raten fällig wird, kann aus diesem Grunde keine Mehrheit von Forderungen im Sinne des § 396, noch weniger das Dasein von Forderungen „aus mehreren Schuldverhältnissen" nach § 366 angenommen werden; es hat vielmehr der Kläger namentlich nach Ablauf der für die Zahlung gesetzten Fristen nur eine einheitliche Warenpreisforderung gegenüber dem Beklagten.

Vierter Titel. Erlaß.

Literatur: Caspers, Erlaß und Verzicht nach dem BGB.

§ 397. 1. *Caspers. I. Der Erlaß ist zweiseitig, der Verzicht einseitig. Von Erlaß und Verzicht ist

a) die Quittung zu scheiden. Dieselbe ist ein „Empfangsbekenntnis" (§ 368), ein rein deklaratorischer, niemals konstitutiver Akt. Auf Quittung hat jeder Schuldner ein Recht (§ 368 BGB.), dagegen muß, um den Abschluß eines Erlasses nach § 397 Abs. 1 fordern zu können, der Schuldner einen besonderen Rechtstitel haben. Gleiches gilt von dem öffentlich beglaubigten Anerkenntnis nach § 371 Abs. 2.

Während die Quittung als deklaratorischer Akt dem Gegenbeweis unterliegt, muß der Erlaß als konstitutiver Akt erforderlichenfalls durch Anfechtung beseitigt werden.

b) Von Erlaß und Verzicht sind zu scheiden fingierte (z. B. ZPO. § 295), sowie durch Auslegung ermittelte Verzichte (z. B. §§ 658 II; 976 II BGB.).

c) Der Vergleich unterscheidet sich durch seine obligatorische Natur von Erlaß und Verzicht. Diese können Vollzugsakte eines Vergleichs sein.

II. Erlaß. Der Erlaß beschränkt sich auf das Schuldverhältnis. Er setzt ein gültiges Schuldverhältnis voraus. Daher gibt es keinen Erlaß der Folgen einer unerlaubten Handlung vor deren Begehung sowie der verbotenen Eigenmacht vor deren Verübung (BGB. §§ 138, 309, 307, 308). A. A. Cohn, Erlaß und Verzicht nach BGB. in GruchotsBeitr. **47** 224; vgl. JDR. **2** § 397 Ziff. 1.

Auf alle Fälle hat dieses Rechtsgeschäft nur obligatorische Wirkung, soweit sich eine derartige, vom Rechte anerkannte Parteiabsicht ermitteln läßt. (Vgl. Planck II 82, Fischer u. Henle (3) 154.) Ebensowenig ist ein Erlaß von Anstands- und Sittenpflichten nur in denjenigen Fällen denkbar, wo „eine Verbindlichkeit nicht besteht", aber die Rückforderung der erbrachten Leistung nicht auf den Mangel der Verbindlichkeit, wohl aber auf einen Mangel des

Leistungsgeschäftes selbst gestützt werden kann. A. A. Cohn a. a. O. 226/227. Dagegen ist der Erlaß einer verjährten Forderung möglich, da die Verjährung nur eine Einrede begründet. In §§ 276 II, 443, 476 BGB. ist nicht an einen Erlaß im Sinne des § 397 BGB. gedacht, da ja noch kein Schuldverhältnis besteht. Ebensowenig liegt ein echter Verzicht vor, wenn es heißt, daß die Parteien auf die Befolgung gewisser Vorschriften verzichten können (z. B. § 151 Abs. 1 BGB.).

Der Erlaß ist Verfügung; er hat dingliche Wirkung, er ist nicht obligatorischer Natur. Als Verfügung ruht er auf einem Rechtsgrunde, causa.

Der Erlaß ist ein abstrakter Akt; er ist von seinem Rechtsgrunde unabhängig. Bei mangelhafter causa ist ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, und zwar auf Ersatz des Wertes der erlassenen Forderung (ebenso Cohn a. a. O. 234; a. A. Planck II 180) gegeben. Wird der Erlaß selbst angefochten, so lebt das durch den Erlaß erloschene Schuldverhältnis von rückwärts wieder auf. Verf. bekämpft die Meinung Cohns (a. a. O. 237), der Gläubiger könne in diesem Falle einer inzwischen verjährten Forderung gegenüberstehen.

Der Erlaß bewirkt das Erlöschen des Schuldverhältnisses, hat also absolute Wirkung. Verpflichtet sich der Gläubiger nur, dem Schuldner die Schuld zu erlassen, so liegt noch kein Erlaß vor. Dasselbe gilt im Falle der Stundung. Zwischen Erlaß und negativem Schuldanerkenntnis ist keine genaue Grenze zu ziehen. Beim Erlasse hat eine materielle Tilgung stattgefunden, beim negativen Schuldanerkenntnisse nicht; es wird nur deklariert, daß das Schuldverhältnis nicht mehr besteht.

Der Erlaß kann bedingt sein. Die aufschiebende Bedingung des Erlasses ist die auflösende Bedingung des Schuldverhältnisses und umgekehrt (Cohn a. a. O. 230). Bei auflösend bedingtem Erlasse sind nach Eintritt der Bedingung die Zinsen der Zwischenzeit nur kraft besonderer Vereinbarung nachzuzahlen (§§ 158, 159 BGB., Cohn a. a. O. 230, §§ 160, 162 finden Anwendung).

Mit dem § 162 ist immer der § 160 gegeben, aber nicht umgekehrt.

Die Leistung an Erfüllungsstatt ist mit dem Erlasse nahe verwandt.

Erlaß und Leistungsgeschäft sind nicht, wie Cohn (a. a. O. 233/234) meint, sich gegenseitige Bedingungen, sondern stehen in dem Verhältnisse zueinander, wie Leistung und Gegenleistung beim gegenseitigen Vertrage. §§ 320 bis 327, 346—356 BGB. finden Anwendung.

Der Erlaß ist kein echter Vertrag im Sinne von §§ 145 ff. BGB. Anders als beim Vertrage braucht die Einigung nicht durch empfangsbedürftige Erklärungen zu erfolgen, es genügt das Einigsein der Parteien. Ferner besteht ein Zwang zwischen den Parteien zu diesem Einigsein. Der angebliche Vertrag kann durch rechtskräftiges Urteil direkt ersetzt, produziert werden. Dies widerstrebt einem echten Vertrage ganz.

III. Verzicht. Der Verzicht ist kein absolut vorherrschender einseitiger Akt. Zum Teil genügt die einseitige empfangsbedürftige Erklärung, zum Teil treten zu derselben noch andere Erfordernisse hinzu, insbesondere im Immobiliarsachenrecht notarielle Beurkundung oder die Verlautbarung im Grundbuche. Im Familienrecht ist der Verzicht in der Regel unzulässig. Der Adoptivvertrag kann nicht als Verzicht auf die elterliche Gewalt aufgefaßt werden (a. A. Cohn a. a. O. 253). Beschränkt verzichtbar sind die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche.

Verzicht ist, wie der Erlaß, eine Verfügung und ein abstraktes Geschäft; er ruht, wie der Erlaß, auf einer obligatorischen causa. Verzicht

wie Erlaß begründen einen Einwand, keine Einrede (a. A. Cohn a. a. O. 286, der beides für möglich hält). Dagegen begründet das Recht auf Verzicht, wie auch das Recht auf Erlaß eine Einrede (ebenso Cohn a. a. O. 286).

Insoweit Ansprüche, Rechte obligatorischer Natur in Betracht kommen, ist zur Aufgabe solcher Rechte der zweiseitige Akt des Erlasses erforderlich. Der Fall des § 615 BGB. enthält einen fingierten, keinen rechtsgeschäftlichen Verzicht (a. A. Cohn a. a. O. 281). Für Rücktrittsrechte, Kündigungsrechte, Anfechtungsrechte usw. genügt einseitiger Verzicht. Die Folgen des erklärten Rücktritts können, da sie Ansprüche sind, nur durch zweiseitigen Erlaß wieder beseitigt werden (a. A. Cohn a. a. O. 276). Auf die Befugnis, aufzurechnen, kann nicht verzichtet werden. Dasselbe gilt von der Abtretbarkeit einer Forderung. Auch sie ist kein subjektives Recht. Nur vertragsmäßig ist hier (§ 399) wie dort (§§ 137, 305) Ausschluß möglich.

Zum Aufgeben einer Einrede genügt einseitiger Verzicht. In der Regel ist jede Einrede verzichtbar, auch die Einrede der Verjährung (a. A. Cohn a. a. O. 273), die exceptio doli generalis. Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist rein prozessualer Natur. Planck (I 39 Vorbem. IV, 2 I) verneint, Cohn (a. a. O. 273, 274) bejaht ihre Verzichtbarkeit.

Ausschlagung einer Erbschaft fällt nicht unter die Kategorie „Erlaß und Verzicht", da es sich hier lediglich um die Hinderung einer im Gange befindlichen Vermögensänderung handelt. Dasselbe gilt von den Fällen der §§ 517, 45 88, 328 BGB. Noch mehr vom Erbverzicht. Dagegen ist der in den §§ 1406 Nr. 1, 1453 I, 1643 II, 1822 Nr. 2 erwähnte Verzicht auf den Pflichtteil ein echter Verzicht. Allein, da es sich hier um den schon entstandenen Pflichtteilsanspruch handelt, so bedarf es eines zweiseitigen Erlasses gemäß § 397 BGB. Ferner sind keine echten Verzichte die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, sowie die im § 312 erwähnten Verträge.

IV. Fragen des Übergangsrechts. 1. Der unter neuem Rechte eintretende Erlaß einer unter altem Rechte begründeten Forderung beurteilt sich nach neuem Rechte. Wird ein solcher Erlaß angefochten, so lebt das alte Schuldverhältnis wieder auf. Auch wenn der unter neuem Rechte eintretende Erlaß auf einer unter altem Rechte begründeten causa ruht, so gilt für ihn als Erfüllungsgeschäft neues Recht. Die Frage, inwieweit ein Schuldverhältnis erlassen werden kann, richtet sich bei einem unter altem Rechte begründeten Schuldverhältnisse nach altem Rechte, vorbehaltlich zwingender Vorschriften des neuen Rechtes.

Verzicht auf ein vor 1900 begründetes Recht bemißt sich nach 1900 nach neuem Rechte. Im übrigen gilt dasselbe wie beim Erlasse.

2. OLG. Breslau, R. **04** 528: Das Abkommen eines zahlungsunfähigen Schuldners wegen nur teilweiser Befriedigung und Erlaß des Restes (Privatakkord) hat nichts mit den Vorschriften über den Zwangsvergleich im Konkurse gemein. Voraussetzung ist allein die Vermeidung des Konkurses. Geschieht dies, so muß der Gläubiger, welcher den Erlaß erklärt hat, die Wiederauflebung des Restanspruchs, und namentlich, wenn Gleichmäßigkeit der Befriedigung zur Bedingung des Erlasses gemacht war, die Bevorzugung bestimmter Gläubiger durch den Schuldner dartun. Das Aufkaufen von Forderungen durch Verwandte aus deren Mitteln bildet keine solche Bevorzugung, weil die Aufkäufer an die Stelle der ursprünglichen Gläubiger treten. Ebensowenig gilt es als Bevorzugung eines Gläubigers, wenn ein Bürge oder Pfandbesteller diesen gesicherten Gläubiger durch eigene Aufwendungen zum Nachlasse bestimmt hat. Dergleichen Maßnahmen Dritter, gleichviel ob Verwandter oder fremder Personen, an denen der Schuldner sich nicht mit Zuschüssen beteiligt, sind bei der sonstigen Aus-

sichtslosigkeit eines allgemeinen gleichmäßigen Nachlasses der Regel nach von den erlassenden Gläubigern für stillschweigend gebilligt anzusehen.

3. BayObLG., R. **04** 104: Zum Zustandekommen eines Erlaßvertrags ist ein Antrag des Gläubigers zu einem solchen Vertrage und die ausdrückliche Annahme durch den Schuldner erforderlich.

4. BayObLG. **4** 410: An und für sich ist der Verzicht auf einen Gegenstand oder ein Recht, also auch der Erlaß einer Schuld, eine einseitige Willenserklärung. Nach § 397 Abs. 1 ist aber, um durch den Verzicht das Erlöschen des Schuldverhältnisses zu bewirken, ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und Schuldner erforderlich, der auch ohne Angabe des Rechtsgrundes dadurch geschlossen wird, daß der Verzicht des Gläubigers auf sein Forderungsrecht von dem Schuldner angenommen wird.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Fehlt es auch an grundlegenden, das ganze Gebiet umspannenden Arbeiten, so sind doch wieder eine Reihe brennender Fragen in ausgiebiger Weise behandelt worden. Im Vordergrunde stehen die fiduziarische und Sekuritätszession und die Abtretung zukünftiger Forderungen. Die bekannte Reichsgerichtsentscheidung (**55** 334, s. IDR. **2** zu § 398 Ziff. 2a unter ε) hat die Frage für die Rechtsprechung anscheinend zwar bindend erledigt; sie hat aber Eccius auf den Plan gerufen, der immer von neuem konstruktive Bedenken gegen die Verfügung über künftige Ansprüche erhebt, und deren Gewicht man sich keineswegs verschließen kann, wenn man sich die Tragweite der reichsgerichtlichen Anschauung ganz klar macht, wie sie neuerdings z. B. in dem Urteil zu § 398 2bγ implizite zum Ausdruck gelangt. Die Abtretung zur Sicherheit und zu treuen Händen erklären nach wie vor Rechtsprechung und Literatur übereinstimmend für zulässig und wirtschaftlich notwendig (§ 398 Ziff. 3). Aber Schöninger (Ziff. 3b) weist in einer vortrefflichen Arbeit sehr überzeugend die theoretische Zwiespältigkeit der herrschenden Ansicht auf, die einerseits vollkommene Entäußerung auch im Falle der fiduziarischen Abtretung annimmt, andererseits aus praktischen, wirtschaftlichen Rücksichten bei der Zession zum Inkasso allerhand Reste der Forderung bei dem Zedenten verbleiben läßt. Nicht zuletzt erscheint für das Wesen dieser Abtretungsform bedeutsam der § 409, zu dem (Ziff. 2) auch recht interessante Entscheidungen zu verzeichnen waren, die das formale Element der „Anzeige" scharf für die materielle Seite verwerten. Zu § 399 ist eine reichhaltige Judikatur verzeichnet worden, die über allerhand für abtretbar oder nicht abtretbar erklärte Ansprüche Auskunft gibt. Eine Fülle von wichtigen Einzelfragen findet sich außerdem. Die bedeutsamste ist vielleicht die zu § 412 behandelte, ob der Schuldner das Recht hat, die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen. —

Literatur: Eccius, Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, DJZ. **05** 53 ff. — Ders.: Wesen der Verfügung des BGB., GruchotsBeitr. **48** 465 ff. — Lippmann, Die Gründe für die Annahme einer Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen, DJZ. **05** 255 ff. — Marcus, Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, DJZ. **05** 400, 401. — Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse. (1904.) — Schmaltz, Verfügungen über das Recht aus einem Lebensversicherungsvertrage zu Kreditzwecken, MecklZ. **22** 244 ff. — Schöninger, Forderungsabtretung zum Zwecke des Einzugs (Zession zum Inkasso), AzivPr. **96** 163 ff. — v. Thur, Verfügung über künftige Forderungen, DJZ. **05** 426—431. — Wienstein, Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Rechte, GruchotsBeitr. **48** 485 ff.

§ 398. 1. Allgemeines.

a) Aufhören des Gläubigerrechts.

RG. in Bestätigung der vorderen Urteile, Gruchots Beitr. **48** 892 ff., SeuffA. **59** 177 ff., HansGerZ. **04** Beibl. 213 ff.: Mit dem Eintritte des neuen Gläubigers hört das Gläubigerrecht des bisherigen völlig auf; kein Recht bleibt bei dem Zedenten zurück, das dieser gegen den Schuldner geltend machen könnte.

Die Möglichkeiten einer Haupt- oder Nebenintervention berühren diesen Grundsatz nicht. — S. auch JDR. **1** zu §§ 398, 399 Ziff. 1 a Abs. 2.

b) Wirkung der Abtretung auf den Prozeß.

RG. 56 307 ff.: Nach § 398 hört durch die Abtretung der Zedent sofort auf, Gläubiger zu sein; dies kann dem klagenden Gläubiger ebensogut entgegengehalten werden, wie z. B. eine während des Prozesses von ihm entgegengenommene Zahlung. Besonders spricht hierfür auch noch die Analogie des Falles der Pfändung eines rechtshängigen Anspruchs; hier wäre es undenkbar, daß der Drittschuldner auf Verlangen des gepfändeten Gläubigers einfach zur Zahlung an diesen verurteilt würde. Der Beklagte kann allerdings nicht auf seinen eigenen Antrag zur Zahlung, statt an den Kläger, an dessen Zessionar verurteilt werden; aber der Kläger muß abgewiesen werden, wenn er darauf beharrt, trotz der Zession die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an ihn selbst, statt an den Zessionar zu verlangen. Gegen diese Abweisung ist aus Abs. 3 des § 265 ZPO. ein argumentum a contrario nicht herzuleiten (309 ff.). — S. im übrigen zu § 265 ZPO. und JDR. **1** zu §§ 398, 399 Ziff. 4.

c) Abtretung und Abtretungsurkunde.

OLG. 8 47 (KG.): Abtretung und Abtretungsurkunde stehen nicht in dem Verhältnisse zueinander, daß diese die Erfüllung der Abtretung ist; vielmehr ist sie die Beurkundung des Veräußerungsgeschäfts, sie ist der Veräußerungsvertrag.

2. Abtretung künftiger Forderungen. S. JDR. **1** zu §§ 398, 399 Ziff. 3; **2** Ziff. 2.

a) Literatur.

α. Eccius, DJZ. **05** 53 ff.: Eine Verfügung über eine Sache, die noch nicht existiert, ist nach BGB. undenkbar, auch undenkbar als eine durch Existentwerden bedingte Verfügung. Denn das Existentsein ist begriffliche Voraussetzung der Verfügung. Es besteht auch für die gegenteilige Auffassung des RG. kein praktisches Bedürfnis. In dem vom RG. entschiedenen Falle konnte es auf dem Wege des § 328 (Ausbedingung der Zahlung an den Geldmann) befriedigt werden. — Sollte sich die Praxis des RG. durchsetzen, so müßte sehr bald bei der Begründung gewisser Forderungen vom § 399 a. E. wirksamer Gebrauch gemacht werden (wird an dem Fall näher dargelegt a. a. O. 55). Nach dem RG. müßte auch gemäß § 2033 jemand, der erwartet, daß ihm einmal mit anderen zusammen ein Erbe anfallen werde, schon jetzt über seinen künftigen Anteil am Nachlasse des noch Lebenden verfügen dürfen, — was aber niemand behauptet. Was das praktische Bedürfnis anbelangt, so könnte vor der Entstehung einer Forderung ein Rechtsverhältnis zwischen A. und B. dahin ausgestaltet werden, daß in einem geschäftlichen Vorkommnis zwischen beiden nach Entstehung der Forderung die Erklärung der Zession liegen soll. Dann ist jenes Vorkommnis bei der gesetzlichen Formlosigkeit der Zession als Zession wirksam. (Dies konnte auch im Falle des RG. geschehen.)

β. Dagegen *Lippmann, ebenda 255 ff.: Der Akt einer Forderungsübertragung kann nicht in allen Beziehungen demjenigen Rechtsakt gleichgestellt werden, durch den das Eigentum an körperlichen Sachen übertragen wird. Die Übertragung eines Forderungsrechts erfolgt in jedem Fall durch bloßen Vertrag, in der Vorstellung; bei körperlichen Sachen stellt das constitutum possessorium nur Ausnahme von der Regel dar. Eine Forderung als etwas Gedachtes existiert, auch wenn sie noch erst bedingt, befristet ist. Eine Sache kann nur existieren oder nicht existieren, der Gegenstand des Rechtsgeschäfts bleibt in jedem Fall etwas Gedachtes. — In manchen Vorschriften — §§ 765, 1113, 1204 — ist anerkannt, daß zukünftige Forderungen für den Rechtsverkehr nicht als etwas absolut Nichtiges zu behandeln sind. Wenn auf eine Bürgschaft, eine Pfand-,

eine Hypothekenbestellung von zwei Prätendenten derjenige das bessere Recht hat, dem zuerst diese Sicherheitsrechte abgetreten waren, so muß dieser auch das bessere Recht auf die Forderung selbst haben. — Bezüglich des § 2033 ist gegen Eccius anzunehmen, daß nach seiner Stellung im System des BGB. wenigstens der Erbfall als notwendige Voraussetzung eingetreten sein muß; aus der Stellung des § 398 ist nicht mit Notwendigkeit zu folgern, daß nur an eine existente Forderung gedacht sei. Im übrigen ist auch die Zession eines erst möglichen gesetzlichen Miterbenrechts gegen andere gesetzliche Miterben denkbar (§ 312 Abs. 2); darüber, daß der Weg, auf dem Eccius dem wirtschaftlichen Bedürfnis begegnen will, ungangbar, s. a. a. O. 257/8. Vielmehr liegt es im Begriff des heutigen Verkehrs, daß auch das noch Zukünftige wirtschaftlichen Wert für die Gegenwart hat (z. B. Kontokurrentvertrag!). — Bei seiner Ansicht bezüglich der Unpfändbarkeit — vgl. JDR. 2 zu § 398 Ziff. 2a unter δ — verbleibt er.

γ. Dem gegenüber erinnert Marcus, DJZ. **05** 400/1 daran, daß die ZPO. ausdrücklich Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse kennt, deren Wirksamkeit sich auf zukünftige Forderungen erstreckt (§§ 832, 833). Ebenso spricht die Natur der Sache für die Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, vgl. §§ 916 ZPO., 65, 67 KO. Die von Lippmann angezogenen Einzelvorschriften stehen nicht entgegen. Ferner ist auch nicht Zweck und Pfändung der Überweisung, wie L. meint, die dem Gläubiger zu gewährende Möglichkeit, auf Anerkennung der überwiesenen Forderung zu klagen, sondern die durch diese Maßnahme dem Gläubiger gegen den Drittschuldner gewährte Leistungsklage. Diese ist bei zukünftiger Forderung gegeben, sobald der Termin, die Bedingung eingetreten sind. Von diesem Zeitpunkt kann die Feststellungsklage gegeben sein.

δ. Auch Schmaltz spricht sich a. a. O. 358 ff. für die Möglichkeit der Abtretbarkeit (und Pfändbarkeit) künftiger Forderungen mit Rücksicht auf die Rechte aus einer Versicherung aus.

ε. *v. Tuhr, DJZ. **05** 426/431: Künftige Forderungen können abgetreten werden, so gut wie bedingte Forderungen oder Forderungen mit unvollständigem Tatbestand (z. B. Ersatzanspruch für künftige Aufwendungen aus einem bestehenden Mandat). Maßgebend ist die Analogie von § 185 II (Verfügung über fremde Rechte). Die Forderung entsteht in der Person des Zessionars, wenn alle Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie, ohne die Zession, beim Zedenten entstehen würde. §§ 399 ff. sind sinngemäß anzuwenden. Neuestes Urteil über die Zession künftiger Forderungen: SeuffA. **59** 179, OLG. Braunschweig. (S. u. zu b β.) Auch die Pfändung künftiger Forderungen ist möglich: durch Herstellung an den künftigen Drittschuldner.

ζ. Eccius, GruchotsBeitr. **48** 465 ff., wendet sich gegen v. Tuhr. Zum Wesen der wirksamen Verfügung gehört nicht, daß der Verfügende das von der Verfügung betroffene Recht habe, wohl aber, daß der Gegenstand, auf den sie einwirken soll (Sache oder Recht), zur Zeit der Verfügung existiert, daß die durch die Verfügung gewollte Rechtsveränderung im Augenblick der Verfügung möglich ist. Eine Verfügung über etwas, was nicht ist, kann Wirksamkeit seit der Zeit der Verfügung (§ 185) nie erlangen. Ohne das Vorhandensein des Gegenstandes ist die Begründung eines dinglichen oder dem dinglichen entsprechenden Verhältnisses zu dem Gegenstande logisch undenkbar. Verfügung über etwas, was nicht ist, widerspricht dem Wesen der Verfügung. Die v. Tuhrsche Lehre würde ein weit über die Abtretung noch nicht bestehender Forderungen hinausgehendes Gebiet haben, z. B. auf ein erhofftes Vermächtnis, auf künftig zu erlangende Patente, künftige Mutungen usw. Fraglich könnte sein, ob nicht eine solche Verfügung über einen erhofften Gegenstand trotzdem nicht als Verfügung mit auf die Zeit der Entstehung hinausgeschobener Wirkung

kraft § 163 als wirksam anzuerkennen und danach die Frage der Abtretbarkeit künftiger Forderungen doch vielleicht zu bejahen sei. Aber durch den Willen des Erklärenden hinausgeschoben werden kann nur diejenige dingliche Wirkung, welche ohne die hinzugefügte Zeitbestimmung oder Bedingung schon jetzt eintreten würde und könnte.

b) Rechtsprechung.

α. **RG. 55** 334, JW. **03** Beil. 124, DJZ. **03** 573 — s. JDR. **2** zu § 398 Ziff. 2a unter ε — s. jetzt auch SeuffA. **59** 313/4.

β. OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 314 ff. für die Abtretung künftiger Forderungen: künftige Mieten aus einem bestimmten Hause; darunter sind diejenigen Forderungen zu verstehen, welche der Vermieter jeweilig gegen die verschiedenen Mieter hat. Die Frage, ob es möglich ist, über ein noch nicht existierendes Recht eine Verfügung zu treffen, ist nicht einheitlich für alle Verfügungen zu beantworten. Die Forderung geht in dem Augenblick, wo sie entsteht, sogleich aus dem Vermögen des erwerbenden in das des neuen Gläubigers über.

γ. **RG.** DJZ. **04** 245: Ein Pfandleiher zedierte „die Forderungen aus Darlehen, wofür in seinem Geschäftsbetriebe Gegenstände zum Pfande übergeben werden", bis zur Höhe eines Darlehns, mit dem Zusatze: „Ein Verzeichnis der Schuldner ergibt sich aus dem Pfandbuche." Das RG. erklärt die Forderungen für genügend bestimmt, und die Abtretung derartiger zukünftiger Forderungen für zulässig, — aber nach §§ 34, 38 GewO. in Verb. mit §§ 360[12], 367[12] StGB., 148[4a] GewO. — ferner § 290 StGB. für unzulässig. — S. auch unten zu § 399 Ziff. 7.

3. Fiduziarische Abtretung. Vgl. JDR. **1** zu §§ 398, 399 Ziff. 6, **2** § 117 Ziff. 2, § 398 Ziff. 3 und oben zu § 117 Ziff. 1.

a) Begriff.

α. **RG.** JW. **04** 6/7, Holdheims MSchr. **04** 109 ff. für die Zulässigkeit der Sekuritätszession. Der wirtschaftliche Zweck eines solchen Veräußerungsgeschäfts wird dadurch gewahrt, daß entweder die Veräußerung nur unter der auflösenden Bedingung erfolgt, daß die Forderung getilgt wird, oder daß die Veräußerung zwar bedingungslos geschieht, dem Gläubiger jedoch die obligatorische Verpflichtung auferlegt wird, die an ihn veräußerten Vermögensobjekte auf den Schuldner zurückzuübertragen, sobald er für seine Forderung befriedigt ist. Sowohl bei der Sicherungsübereignung (Sachen) als auch bei der Sekuritätszession (Forderungen) findet eine wirkliche Veräußerung, ein Übergang von Vermögensobjekten aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers statt.

β. Rappaport 97 ff. über die Frage, welche Bedeutung für den Zessus die Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar habe, daß dieser die Forderung nur unter gewissen Bedingungen, z. B. erst nach Bezahlung der Zessionsvaluta, vom Zessus solle eintreiben dürfen. Entscheidend ist der Umstand, ob und inwieweit ein Übergang der Forderung auf den Zessionar wirklich stattgefunden hat. Im Zweifel muß als vereinbart gelten, daß die Forderung erst bei Zahlung der Valuta auf den Zessionar übergehen soll. — Ist aber eventuell eine Teilung der im Forderungsrecht steckenden Befugnisse durch Parteienwillkür zulässig, so daß die Einziehungsbefugnis zeitweilig abgetrennt und beim Zedenten zurückbehalten wird? Im Falle der Unzulässigkeit kann man sagen, die Teilung der Befugnisse habe keine Geltung, der Übergang sei aber vollzogen; — oder: die Parteien wollten den Forderungsübergang gar nicht ohne jene Beschränkung. — Rappaport erklärt sich für die Zulässigkeit der Teilung: dann muß man der Einrede des Zessus Gehör geben (98). —

Kann der Schuldner dem Zessionar die Anfechtbarkeit der Zession entgegenhalten? (100 ff.). Rappaport verneint (102).

γ. **RG.** DJZ. **04** 1041: Ein fiduziarisches Geschäft kann nach dem Anfechtungsgesetz angefochten werden, wenn es fraudulös ist. Aber auch als unredliches Winkelgeschäft kann ihm nach § 138 der rechtliche Schutz entzogen, und nach § 826 kann u. U. der Fiduziar von dem Gläubiger des Schuldners, wenn er mit ihm kolludiert, in Anspruch genommen werden.

b) Verhältnis zum Scheingeschäfte. Vgl. insbes. IDR. **2** a. a. O. zu b.

α. Schöninger, AzivPr. **96** 163 ff., untersucht die Begriffe der Simulation und der sog. fiduziarischen Veräußerung besonders für die Abtretung. Die Wirkung der dinglichen Verträge und so auch der Abtretung ist von dem Kausalverhältnis ganz unabhängig. Dagegen äußert sich die Wirkung der Simulation direkt an dem rechtlichen Bestande des dinglichen Vertrags selbst. Wird die Tatsache eines Scheingeschäfts bejaht, so kann von einer Abtretung keine Rede mehr sein. Doch kann sich darunter ein anderes Rechtsverhältnis, Vollmacht oder Auftrag, verbergen. Aber nie kann die Zession neben der Vollmacht bestehen. Abtretung und Vollmacht bezüglich derselben Forderung schließen sich vollständig aus. Hat er keine Vollmacht, so kann ihm auch ein Auftrag oder Dienstvertrag gegenüber dem Schuldner keine Rechte verleihen. Nun soll aber neben dem Auftrag und Dienstvertrag nicht bloß Vollmacht, sondern auch wirkliche Abtretung der von dem Beauftragten einzuziehenden Forderung vorkommen können (168). (Näheres unten). Was die simulierte Zession anbelangt, so kann der Drittschuldner zwar dem Zessionar die Einrede entgegensetzen; allein dieser kann sich auf seine Vollmacht berufen, wenn er noch nicht als Zessionar-Kläger aufgetreten ist. Auch § 409, der dem Schuldner das Recht gibt, den angezeigten Zessionar als neuen Gläubiger zu behandeln, nimmt ihm nicht die Einrede, so daß es doch wieder darauf ankommt, ob eine dissimulierte Vollmacht vorliegt. — Weit häufiger ist aber der Fall der fiduziarischen Zession bei der Zession zum Inkasso. Das entscheidende Begriffsmerkmal der fiduziarischen Veräußerungsverträge liegt in der causa; dem Erwerber ist ein gewisses Verfahren mit dem veräußerten Objekte vorgeschrieben: in der Regel im Sinne des § 662 (Auftragsverhältnis!). Weil der Fiduziar wirklicher Inhaber der Forderung ist, kann der Drittschuldner ihm gegenüber Einreden aus dem fiduziarischen Kausalverhältnis nicht herleiten. — Die Frage, ob die Zession zum Inkasso als simulierte oder als fiduziarische zu betrachten ist, ist Tatfrage. Doch ist davon auszugehen, daß bei jeder Zession zum Inkasso die Beteiligten keineswegs die Zession nur zum Scheine, sondern daß sie ein wirkliches Zessionsgeschäft vornehmen wollten, allerdings mit den durch den Zweck des bloßen Inkassos gegebenen Beschränkungen. Doch wird dieses Ergebnis wieder in Frage gestellt durch die tatsächliche praktische Behandlung der Zession zum Inkasso. Es werden den fiduziarischen Veräußerungsgeschäften gerade Rechtswirkungen der materiellen Vermögenszuwendung vom Veräußerer an den Erwerber wieder entzogen. Insbesondere im Konkurs: Die herrschende Meinung gibt dem fiduziarischen Veräußerer im Konkurse des Fiduziars ein dingliches Aussonderungsrecht. Doch werden hier Zession zum Inkasso, Vollgiro eines Wechsels zum Inkasso anders behandelt als die fiduziarische Sekuritätsübereignung; bei den erstgenannten wird die materielle Zugehörigkeit zum Vermögen des Veräußerers entschieden bejaht, so daß Zession und Indossament nur die formale Wirkung der Legitimation des Zessionars zur Geltendmachung im eigenen Namen ausüben (**RG. 53** 417 ff., **25** 207), und bei dem Widerrufe des Zedenten gegenüber dem Zessionar dem Schuldner gegen den trotzdem weiterklagenden Zessionar eine exceptio doli gegeben wird (**RG. 30** 275, **36** 54, **39** 187). Der fiduziarische Zessionar ist materiell

nur das, was er wäre, wenn statt des fiduziarischen Veräußerungsgeschäfts das normale Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung vorgenommen worden wäre. Dem fiduziarischen Veräußerer soll in der Erhaltung seiner Rechte möglichst entgegengekommen werden, während gegen den belangten Schuldner die ganze formale Strenge des Veräußerungsgeschäfts herausgekehrt wird. Diese zwiespältige, mit zweierlei Maß messende Behandlung ist theoretisch unhaltbar und praktisch unbillig und ungerecht (179). — Theoretisch ist der Gegensatz zwischen materiellem und formalem Eigentum oder Gläubigerrecht an einer Forderung undenkbar. — Was das praktische Bedürfnis anbelangt, so verlangt dies allerdings bei dem Vollgiro eines Wechsels zum Inkasso, bei der Zession zum Einzuge, bei den Eigentumsübertragungen zu Sammelzwecken, das weggegebene Objekt im Konkurse des Empfängers als noch zum Vermögen des Veräußerers gehörig zu behandeln. Aber die logische Folgerichtigkeit verlangt dann, diese fiduziarischen Geschäfte auch materiell als das zu behandeln, was sie materiell sein wollen, nämlich als Vollmacht, Verpfändung usw. Wenn das Veräußerungsgeschäft nicht mehr das materielle Recht dem Empfänger überträgt, so ist es keine Veräußerung mehr, sondern ein aliud genus contractus, nämlich Vollmacht, Verpfändung usw. Das versteckte Rechtsgeschäft ist auch bei der Zession zum Inkasso der wahre Parteiwille, das andere nur leere Hülle. Der schwerste Irrtum des **RG. 53** 413 ist, daß dort Vollmacht als die causa eines Veräußerungsgeschäfts behandelt wird. Nur der materiell Berechtigte darf als Kläger auftreten. Abgesehen von den ausdrücklich in BGB. und ZPO. festgesetzten Fällen gibt es keinen, wo jemand ein ihm materiell fremdes Recht in eigenem Namen geltend machen darf; weder aus § 185, noch aus § 409, die nur den Schuldner schützen, nicht aber seine Interessen der Willkür des Gläubigers preisgeben wollen, ergibt sich dies (184—187), auch nicht aus analogen Vorschriften (188), der Schuldner hat an der Einrede der Zession zum bloßen Inkasso ein sehr berechtigtes Interesse (189 ff.). Sein eigener Gläubiger tritt vielfach als Zeuge gegen ihn auf (die Beweislast wird einfach umgedreht, indem die materielle Klagpartei den Zeugeneid leisten kann). — Bei abgewiesener Klage kann sich ferner der Schuldner wegen der Prozeßkosten nur an den Inkassozessionar, der oft insolvent ist, halten. Die vom **RG. 53** 416 ff. gewährte Einrede der Arglist im Falle des Widerrufs reicht nicht aus. Es ist dem im eigenen Namen klagenden Nichtgläubiger von vornherein die Parteifähigkeit zu versagen (§ 51 ZPO.). Als Prozeßpartei darf immer nur der materielle Gläubiger auftreten. Erhebt der beklagte Schuldner die Einrede der Zession zum Inkasso oder zu Prozeßzwecken, so ist der Kläger zu veranlassen, das der Zession zugrunde liegende Geschäft aufzudecken. — Über die Verwertung des Vollgiros von Wechseln zum bloßen Inkasso für diese Auffassung 192 ff.

β. Wienstein, Gruchots Beitr. **48** 485 ff. — s. a. u. zu §§ 780 ff. — erörtert im Zusammenhange mit den abstrakten Rechtsgeschäften auch die fiduziarische Zession. Das Wort „fiduziarisch" sagt nichts weiter, als daß der Partei eine Verfügungsgewalt Dritten gegenüber eingeräumt worden ist. Zum Inkasso-Mandat gehört nicht mehr, als daß jemand den Auftrag erhält, eine fremde Forderung in eigenem Namen geltend zu machen. Der Beweis der exceptio doli ist oft schwierig, und es fragt sich, ob sich der Schuldner die in der Erteilung des Inkassomandats liegende Änderung seiner prozessualen Stellung gefallen lassen muß. Das zwar ernstliche Geschäft ist doch in gewissem Sinne ein Scheingeschäft. Es ist keine Rechtsabtretung, sondern eine Vollmachterteilung im Gewande der Abtretung. Ein rechtfertigender Grund für die in tatsächlicher Übung stehende Zulassung des Inkasso-Mandatars ist im

Gesetze nicht zu finden. Bleibt die Praxis der höchsten Gerichte bei der Zulassung des Zessionars, so ist eine neue gesetzliche Vorschrift geboten.

γ. Rappaport 93 ff.: Kann der Drittschuldner dem Zessionar Einreden aus dem Verhältnisse zwischen diesem und dem Zedenten entgegensetzen? Nur dann, wenn sie die Gültigkeit des Zessionsakts betreffen, nicht aber, wenn sie sich auf das diesem zugrunde liegende Kausalverhältnis zwischen den beiden Gläubigern beziehen. Wer insbesondere Simulation des Zessionsakts behauptet, der behauptet dessen Nichtigkeit, leugnet also die in der Aktivlegitimation liegende Klagevoraussetzung (95), da aber der Zessus gewöhnlich kein Interesse daran hat, das wahre Verhältnis aufgedeckt zu sehen, so wird von der Praxis vielfach das auch in der simulierten Zession steckende Ermächtigungsmoment hervorgekehrt (**RG. 25** 43, **32** 53, SeuffA. **12** 337, **22** 34, **51** 102). R. will aber demgegenüber mit Regelsberger nur dort der Einrede des Zessus die Wirkung versagen, wo in der Simulation wirklich ein Bevollmächtigungsverhältnis liegt (97).

δ. LG. Breslau, BreslAK. **04** 38/9: Das Interesse des Beklagten an der Geltendmachung der Nichtigkeit der Abtretung folgt aus seinem Interesse an der Verhinderung der Vernehmung des Zedenten als Zeugen. — (Das Vorliegen einer Scheinzession — § 117 — wird daraus geschlossen, daß der Kläger, der fremde Rechtsangelegenheiten gewerbsmäßig besorgt, also ein geschäftlich wohl erfahrener Mann ist, nicht eine vom Schuldner bestrittene und nur auf das Zeugnis des Zedenten gestützte Forderung zum vollen Nennwert erworben und bezahlt haben kann, insbesondere, wo er die letzten 20 M. der Zessionsvaluta erst entrichtet haben soll, nachdem er in erster Instanz mit seiner Klage abgewiesen war.)

ε. Das Urteil **RG. 53** 420, JW. **03** Beil. 53 — s. JDR. **2** zu § 242 Note 4e, § 398 Note 3b Abs. 4, § 409 Note 2 — s. jetzt auch PucheltsZ. **35** 36 ff. u. o. zu § 242 Ziff. 3 b η.

c) Einzelne Fälle. Fiduziarische Abtretung.

α. Schmaltz, MecklZ. **22** 244 ff., erörtert u. a. auch den Fall der fiduziarischen Abtretung durch den Versicherungsnehmer an den Gläubiger (353 ff.). Er wendet sich gegen das OLG. Rostock, MecklZ. **21** 196, wo ausgeführt ist, daß der Versicherungsnehmer „die dem Dritten eröffnete Aussicht auf dereinstigen Rechtserwerb jederzeit vereiteln" konnte, „z. B. dadurch . . ., daß er die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abtrat", ebenso auch **RG. 51** 84, 85, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte II 226. — Der Versicherungsnehmer tritt nur sein Recht auf Leistung an den Dritten ab, wie es besteht. Dies führt keine Änderung des Inhalts des abgetretenen Rechtes herbei. Auch der Zessionar kann nur Leistung an den Dritten, nicht an sich verlangen. Dies ergibt sich auch aus der Natur des Versicherungsvertrags als eines Vertrags zugunsten eines Dritten. — Doch geht mit den Rechten des Versicherungsnehmers auch jene in dieser enthaltene Benennungsbefugnis auf den Gläubiger über, und mit ihrer Hilfe können die ihm übertragenen Rechte zu einer Sicherung für ihn werden. Er kann sich dem Versicherer gegenüber selbst als Dritter benennen, und zwar trotz der fiduziarischen Natur der Abtretung, weil diese Maßnahme zu seiner Sicherung durchaus erforderlich ist.

β. OLG. **8** 442/3 (Karlsruhe): Fiduziarische Zession von Forderungen an eine Bank, um eine gleichmäßige und durch Reorganisation ihrer Vermögensverhältnisse möglichst vollständige Befriedigung aller Gläubiger zu ermöglichen. Kein Einwand eines Dritten gegen die Gültigkeit.

γ. OLG. **9** 30/1 (Dresden): Abtretung im Verhältnisse der Parteien zueinander in Höhe von 15000 M., nach außen über 45000 M. Sachliche Legitimation, die Forderung im ganzen Umfange gegen den Schuldner geltend zu

machen. Das eigene freie Verfügungsrecht beschränkt sich auf 1/3 der Gesamtforderung; mit Bezug auf 2/3 ist der Zessionar den Weisungen des Zedenten unterworfen, der ihm die Inkassovollmacht jederzeit entziehen kann, dem auch das Recht zusteht, über die ihm verbleibenden 30000 M. mit dem Schuldner direkt einen Vertrag einzugehen, wie überhaupt die Zession das Gläubigerrecht bezüglich der 30000 M. nicht ausschließt.

d) Vgl. ferner die unten zu § 409 Ziff. 2 mitgeteilten Entscheidungen.

4. *Ehrenberg, ZVersWiss. **4** 24 ff.: Die sog. Abtretung des Portefeuilles einer Versicherungsgesellschaft (s. VersicherungsaufsichtsG. v. 12. 5. 01 § 14) ist niemals Rückversicherung, sondern ein Übereinkommen, welches stets Zession von Forderungen (oft auch noch andere Überweisungen) und Schuldübernahme (eventl. Erfüllungsübernahme) bezweckt.

5. Nußbaum, Die Damnohypothek, AbürgR. **25** 62 ff., erörtert (67/68) bei Gelegenheit der Frage des sog. Zessionsdamnos gegen das **RG.** (Straff.) **25** 328, **28** 315, **35** 112 den wirtschaftlichen Zweck des Darlehns gegenüber der Zession. Der besondere wirtschaftliche Zweck des Darlehns besteht nicht in der Erlangung von Geld zur Befriedigung eines Geldbedürfnisses, sondern darin, daß der persönliche Kredit des Schuldners hierfür nutzbar gemacht werden soll. Ganz anders bei der Zession. Hier verwertet der Geldbedürftige behufs der Erlangung von Geld ein einzelnes Vermögensstück und (begrifflich) nur dieses; einerseits macht er von seinem persönlichen Kredit keinen Gebrauch, andererseits gibt er eines seiner Vermögensaktiva dauernd weg. (Erörtert zu §§ 302a und 302e RStrGB.)

6. Aus der Rechtsprechung.

a) OLG. Köln, RheinArch. **04** 88 ff., unter Abänderung des ersten Urteils: Die Übertragung einer gepfändeten, aber noch nicht überwiesenen Forderung ist zulässig und wirksam, da die Pfändung ja den Bestand der Forderung nicht berührt und das Gläubigerrecht des gepfändeten Schuldners nicht aufgehoben hatte. Aber die Übertragung erfolgt unbeschadet eines inzwischen erworbenen Pfändungspfandrechts und kann zum Nachteile des Pfandgläubigers nicht geltend gemacht werden.

b) OLG. Marienwerder, SeuffA. **59** 391/2: Wer mit einer staatlichen Behörde, wie der Ansiedelungskommission, Verträge schließt, unterwirft sich damit stillschweigend deren Geschäftsgebrauch, jedenfalls soweit dieser in seine Rechte nicht wesentlich eingreift und nur die äußere und förmliche Erledigung der Geschäfte betrifft. Ein solcher Geschäftsgebrauch liegt vor, wenn die Kommission zur Auszahlung der bei ihr hinterlegten Baugelder eine Einwilligung und Quittung des ursprünglichen Gläubigers verlangt, trotzdem dieser seine Forderung an einen Dritten abgetreten hatte.

c) **RG.** JW. **04** 337, R. **04** 385 Nr. 1695: Aus der bloßen Tatsache der Aushändigung der Schuldurkunde kann nicht auf das Zustandekommen des Abtretungsvertrags geschlossen werden.

d) OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 91/2: Schenkung von Guthabenforderungen eines Genossen im Wege der Zession.

§ 399. 1. Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 8 Abs. 2.

*Friedländer, SeuffBl. **04** 203 ff.: Die Forderung auf Auszahlung von Baugeldern kann auch, abgesehen von den Fällen des pactum de non cedendo, nicht unbeschränkt zediert werden. Das Baudarlehen ist ein Zweckdarlehen, und die Zession kann daher nach § 399 nur insoweit wirken, als die Gelder durch dieselbe den Bauzwecken nicht entzogen werden. Soweit die Baugelder für bestimmte Zwecke vereinbarungsgemäß voraus bestimmt sind, kann vor

Erreichung dieser Zwecke eine anderweitige Verfügung über dieselben einseitig nicht getroffen werden.

Die Pfändung des Anspruchs ist dagegen nach § 851 ZPO. unbeschränkt zulässig; doch braucht der Baukapitalist auf erfolgte Überweisung zur Einziehung an den Pfändungspfandgläubiger nur insoweit Zahlung zu leisten, als dies bei einer Zession der Fall wäre.

2. Pachtrecht.

*Altvater, AzivPr. **95** 383: Die Abtretung des Pachtrechts bedarf der verpächterischen Zustimmung. Vgl. § 415.

3. Berichtigungsanspruch. S. JDR. **2** Ziff. 6a.

OLG. Dresden, BuschsZ. **33** 85, R. **04** 575 Nr. 2461: Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs ist, losgelöst von dem nicht oder nicht richtig gelöschten Rechte, nicht übertragbar. S. auch u. zu § 894.

4. Gegenseitige Verträge.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 63, R. **04** 251 Nr. 1147: An sich können auch Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen abgetreten werden, aber nur, insoweit als der Zedent Gläubiger ist. Eine Veränderung des Inhalts liegt nicht dann schon vor, wenn der Schuldner nur ein Interesse daran hat, daß gerade an eine bestimmte Person nicht zediert werde. — S. ferner **RG.** SächsA. **14** 702/3, R. **04** 601 Nr. 2597: auch nach dem BGB. können Forderungen aus gegenseitigen Verträgen übertragen werden, wenn der Zedent noch nicht geleistet hat, und der Schuldner kann, soweit keine Schuldübernahme erfolgt ist, die Gegenleistung nur dem Zedenten, nicht dem Zessionar gegenüber einklagen; es bleiben ihm aber seine Einwendungen wegen Nichterfüllung des Vertrags auch dem Zessionar gegenüber. Gleichwohl besteht eine notwendige Streitgenossenschaft, indem der Zessionar ohne Zuziehung des Zedenten die abgetretenen Ansprüche nicht einklagen könnte, so daß Zessionar und Zedent miteinander gegen den Schuldner klagen müßten oder die Klage des Zessionars gegen den Schuldner und den Zedenten erhoben werden müßte, nicht.

b) OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 215: Weder der Umstand, daß es sich um einen Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag handelt, noch der, daß die Leistung des Drittschuldners der Gegenleistung des Schuldners vertragsmäßig vorangehen soll (Schauspieler und Theaterleiter), schließt grundsätzlich die Übertragbarkeit oder Pfändbarkeit der Forderung aus. Der Inhalt der Leistung wird in solchen Fällen durch Eintritt eines anderen Leistungsempfängers nicht geändert. Bestätigt vom **RG.** ebenda 216.

5. Feststellungsanspruch.

OLG. 8 46 (Hamburg): Das Recht, auf Feststellung zu klagen, ist als prozessuale Befugnis nicht abtretbar, weil sie ihren Grund in der Rechtslage des Berechtigten hat und bei Ausübung durch einen anderen ihren Inhalt verändern würde. — In gleichem Sinne a. a. O. 46/7 (dasselbe Gericht). Die negative Feststellungsklage ist nicht der Ausfluß eines Forderungsrechts, sondern nur ein zivilprozessualisches Mittel. Auch dadurch, daß noch „insbesondere der Anspruch auf Erhebung einer Widerklage" zediert ist, wird nichts geändert; die Befugnis dazu kann nur abgetreten werden, wenn die Widerklage die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Anspruchs zum Inhalte hat.

6. Anspruch der Ehefrau auf Zahlung eines Kostenvorschusses.

LG. Wiesbaden, FrankfRdsch. **38** 114 ff., erklärt den Anspruch der Ehefrau auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Anstellung eines Ehescheidungsprozesses gegen ihren Ehemann für nicht aufrechenbar und unpfändbar; gegenüber dem Amtsgericht, das Pfändung für den Ehemann zuließ, weist das OLG. Frankfurt — ebenda — die Beschwerde zurück, indem es die Frage des § 399 BGB.,

§ 851 ZPO. dahingestellt sein läßt. Es sei für die Ehefrau durch die Verpflichtung, Vorschuß zu zahlen, keine Forderung im Sinne des § 828 ZPO. zur Entstehung gebracht. Gemäß § 940 ZPO. sei nur eine einstweilige Regelung getroffen worden. Es sei deshalb Pfändung wie Aufrechnung ausgeschlossen (§ 394).

7. Abtretung gegen §§ 34, 38 GewO.

a) **RG.** HansGerZ. **04** Beibl. 273, läßt es dahingestellt, ob sich die Unwirksamkeit der Übertragung von Forderungen, die nach §§ 34, 38 GewO. nicht übertragen werden können, nicht auch aus § 399 BGB. ableiten lasse. —

b) S. auch o. zu § 398 Ziff. 2b unter γ.

8. Über das Verhältnis des § 399 zum § 877 s. **RG.** JW. **04** 283, R. **04** 361 Nr. 1630.

9. *Rosenberg, AzivPr. **94** 101: Die Vereinbarung der Nichtabtretbarkeit der Forderung muß stets der Schuldner beweisen.

§ 401. 1. Isay, Iherings J. **48** 205 (s. insbes. o. vor § 241 Ziff. 4 b): Die Vorschriften des vierten Abschnitts wollen ausdrücklich nur für Schuldverhältnisse, nicht für die dazu gehörigen Haftungsverhältnisse gelten; für diese bestimmt § 401, daß sie in ihrer aktiven Seite ohne weiteres der abgetretenen Forderung folgen. Eine besondere Übertragung des Rechtes aus dem Haftungsverhältnis ist daher nicht erforderlich; es geht von selbst über; wird ein solcher Übergang ausgeschlossen, so erlischt es. —

2. Dorst, RheinNotZ. **49** 1—4: Die Übertragung rückständiger Zinsen einer Hypothekenforderung erfolgt nach § 398 durch formlosen Vertrag. Der § 401 ist nur dispositiv. Der Übergang der für die Zinsen bestehenden Hypothek kann ausgeschlossen werden. Dann geht die Hypothek insoweit unter (§ 1159). Soll sie mit übergehen, so bedarf es nicht der Form des § 1154. Der Eigentümer kann dem neuen Gläubiger alle Einwendungen nach §§ 404—409 machen. Die aus §§ 406—408 gelten auch für die Hypothek, die aus § 1157 Satz 2 ist ausgeschlossen, über die Abtretung der laufenden und künftigen Zinsen gibt das Gesetz keine Sonderbestimmungen. Werden sie ohne die Hauptforderung abgetreten, so muß die Abtretung ebenso erfolgen, wie die der Hauptforderung. Bei Abtretung einer Forderung kann der Gläubiger sich den Zinsgenuß vorbehalten. (Eventuell: Nießbrauch! a. a. O. 2/3.) — Es ist nötig, bei Übertragung einer Hypothekenforderung genaue Angaben bezüglich der Übertragung der Zinsen zu machen.

3. LG. Frankfurt a. M., FrankfRdsch. **38** 217: Der § 401 bestimmt nicht etwa, daß der neue Gläubiger alle diejenigen Vorzugsrechte, die der alte kraft seiner Person hätte beziehen können, ebenfalls ansprechen könnte, falls sie noch gar nicht zur Entstehung gelangt sind. Ein Vorzugsrecht der Bauforderung für den Fall der Zwangsvollstreckung (§ 648) kommt aber erst mit der Sicherungshypothek zur Entstehung; ist sie entstanden, geht sie auf den neuen Gläubiger über; der Anspruch aber, ihre Entstehung zu verlangen, ist in das Belieben des Unternehmers gestellt, und dieses der Person des Unternehmers zustehende Recht ist nach § 401 ebensowenig übertragbar wie etwa ein dem Zedenten zustehender Anspruch auf Kostenfreiheit. (S. auch OLG. Kiel, SeuffA. **57** 135.) — Vgl. im übrigen u. zu § 648 u. JDR. **1** zu § 401 Ziff. 2, auch zu § 648 Ziff. 3c, JDR. **2** zu § 401 Abs. 2. —

§ 402. SächsOLG. **26** 266 ff.: Die Verpflichtung aus § 402 bezieht sich auch auf die Mittel zur Geltendmachung der Forderung, in deren Besitz der Zedent erst nach der Abtretung gelangt. Er verletzt diese Pflicht schuldhaft, wenn er es unterläßt, die an ihn gelangenden Mitteilungen des Versteigerungsgerichts an den Zessionar (es handelt sich um die Abtretung einer Hypothek)

weiterzubefördern oder doch ihn davon zu benachrichtigen. Bei einigem Nachdenken war der Schluß geboten, daß das Gericht den bisherigen Gläubiger noch als Inhaber der Hypothek ansah. Deshalb hat er, wenn der jetzige Gläubiger vor dem Versteigerungstermine keine Kenntnis von der Einleitung des Verfahrens zur Zwangsversteigerung erlangt hat, den ihm infolge hiervon entstandenen Schaden zu ersetzen, da er bei rechtzeitig erlangter Kenntnis im Termin erschienen und sich als Bieter angegeben, auch wenigstens so lange mitgeboten haben würde, als die Gebote der übrigen Bieter hinter dem wirklichen Werte des Pfandgrundstücks zurückblieben. — (Über mitwirkendes Verschulden des Verletzten s. o. zu § 254 Ziff. 10 d Abs. 2.)

§ 404. Rappaport, — s. insbes. o. vor § 241 Ziff. 5 b — beantwortet (85) die Frage, ob der Schuldner auch schon vor erfolgter Anfechtung sich gegenüber dem Zessionar dilatorisch auf die Anfechtungsmöglichkeit berufen kann, verneinend, — gegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht 17 ff. —

§ 405. 1. OLG. **8** 444, R. **04** 446 Nr. 1789, 1790 (Frankfurt): Bei mehrfacher Übertragung der Forderung fragt es sich, ob die Gutgläubigkeit des ersten Zessionars oder des letzten Gläubigers (Klägers) entscheidend ist. Das Gericht beantwortet sie dahin, daß „der neue Gläubiger“ sich auf jeden und damit auf den jeweiligen neuen Gläubiger bezieht; es kommt also auf den guten Glauben des Klägers an.

2. *Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs 114: Der § 405 ist auf die Verpfändung der Forderungen analog anwendbar.

§ 406. 1. *Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld.

a) Die Aufrechnung kann nur dem neuen Gläubiger gegenüber erklärt werden (86 Note 55).

b) Es ist nicht erforderlich, daß (abgesehen von der Fälligkeit) die sonstigen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit (insbes. Gleichartigkeit) schon zur Zeit der Erlangung der Kenntnis von der Abtretung vorhanden waren (87 Note 57).

c) Beweislast (89 ff.).

2. Schneider, R. **04** 490, behauptet, daß, wenn eine rechtshängige Forderung abgetreten oder gerichtlich überwiesen sei, der Beklagte, welcher nach gehöriger Kunde hiervon eine aufrechenbare Forderung gegen den Kläger erwerbe, mit dieser noch gegen die rechtshängige Forderung aufrechnen könne. Wer eine rechtshängige Forderung auf freiwilligem oder im Zwangswege erwirbt, muß mit der Ausschließung des § 406 rechnen, der im Prozeßfalle seine Maßgeblichkeit verliert: gefolgert aus §§ 265, 325 Abs. 1 ZPO.

Hiergegen Schönfeld, ebenda 546: Entfällt nach § 406 die Befugnis zur Aufrechnung, so vermag die Tatsache, daß der Kläger in der Parteistellung verbleibt, die Befugnis hierzu nicht zu schaffen. — Gegen Schneider auch Francke, Rechtshängige Forderungen nach Abtretung oder Überweisung, SeuffBl. **04** 561 ff.: Könnte der Beklagte nicht mit einer Forderung gegen den neuen Gläubiger aufrechnen, so könnte er selbstverständlich auch nicht mit Erfolg der Befreiung an ihn zahlen oder an Zahlungsstatt leisten, womit der gemeinschaftliche Zustand betr. die res litigiosa, der durch § 265 ZPO. aufgehoben ist, wiederhergestellt sein würde. Die Sätze des § 265 sind zum Schutze des Beklagten geschaffen und enthalten auch kein Unrecht gegen einen neuen Gläubiger der fraglichen Nachfolgeart; wer die Forderung eines anderen haben will, kann sie nur so verlangen, wie der andere sie gestaltet hat. Hiermit ist auch Schneiders Argument aus § 325 Abs. 1 ZPO. erledigt.

3. OLG. Marienwerder, SeuffA. **59** 346/7: Der Zessionar, der nur einen Teilbetrag der ihm abgetretenen Forderung geltend macht, darf den Schuldner

wegen etwaiger Abzüge oder Gegenansprüche nicht auf den nicht eingeklagten Teil verweisen. Will er eine Verrechnung mit diesem Rechte erreichen, so muß er ihn durch Erweiterung der Klage mit in den Prozeß hineinziehen. (Vgl. **RG. 7** 243. — A. M. **RG. 13** 172, SeuffA. **41** Nr. 96.)

4. OLG. **8** 48 (KG.): Fall von § 406 in Verb. mit § 387 (lediglich Tatsächliches).

§ 407. 1. *Weigelin: Ein „zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommenes Rechtsgeschäft" ist auch eine von dem bisherigen Gläubiger gegenüber dem Schuldner oder von diesem gegenüber dem bisherigen Gläubiger erklärte Aufrechnung (73ff., 85ff.).

2. Stübel, DJZ. **04** 684 ff.: Die §§ 407, 408 schützen den guten Glauben des Schuldners allgemein, und zwar nicht nur dann, wenn eine gepfändete Forderung bereits rechtsgeschäftlich abgetreten war, sondern auch in allen Fällen, wo sie vor der Pfändung auf einen anderen übergegangen war, so z. B. in den Fällen der §§ 1381, 571, vgl. § 547 Satz 2. Nur tritt dort an die Stelle der Kenntnis oder Nichtkenntnis von der Abtretung die Kenntnis oder Nichtkenntnis derjenigen Tatsachen, an die der Übergang der Forderung geknüpft ist. Nicht erforderlich ist, daß der Schuldner sich der Rechtsfolgen bewußt ist, die an jene Tatsachen sich knüpfen; im Falle des § 774 z. B. braucht er, um als schlechtgläubig zu gelten, nur zu wissen, daß der Bürge den Gläubiger befriedigt hat.

3. AG. Meßkirch, BadRpr. **04** 236/7: Der dem Drittschuldner nach §§ 408 Abs. 2, 407 gegebene Schutz steht ihm nur im Falle der Unkenntnis von der Abtretung im Zeitpunkte der Leistung zu.

4. OLG. **9** 31, R. **04** 446 Nr. 1791 (Dresden): Beweispflicht des Zessionars, daß der Schuldner die erfolgte Abtretung gekannt habe, falls ihm bei Geltendmachung der Abtretung entgegengehalten wird, die Forderung sei bereits durch Leistung an den bisherigen Gläubiger erloschen.

§ 409. 1. Aktivlegitimation.

R. Behrend, BuschsZ. **32** 567: Aktivlegitimation ist diejenige rechtliche Tatsache, die den Beklagten mit Wirkung gegenüber dem Berechtigten ermächtigt, sich in den Prozeß einzulassen. Ein Musterbeispiel prozessualer und außerprozessualer Aktivlegitimation ist § 409.

2. Formelle Legitimation.

a) OLG. Köln, RheinAVZ. **22** 107ff.: Nach §§ 409, 185 muß es im Gegensatze zum früheren rheinischen Rechte als zulässig angesehen werden, einem Dritten die Ausübung eines Klagerechts in dessen eigenem Namen zu übertragen, ohne das Recht selbst mit zu übertragen (**RG. 53** 408), insbesondere also auch eine Forderung in der Weise abzutreten, daß das Gläubigerrecht dem Zedenten verbleiben, das Klagrecht aber an den Zessionar übergehen soll (**RG. 53** 416). — Die Absicht, wenigstens formelles Klagrecht zu übertragen, ist stets dann als vorhanden anzunehmen, wenn der Zedent dem Schuldner Anzeige von der Abtretung macht. Diese Anzeige ist ein selbständiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Schuldner und unabhängig davon, ob die Abtretung erfolgt oder nichtig oder anfechtbar ist. Sie wird auch von dem Einwande, daß die Abtretung ein Scheingeschäft sei, nicht betroffen. In ihr liegt die Einwilligung des Gläubigers im Sinne der §§ 185, 182, die den Zessionar ermächtigt, mit rechtlicher Wirksamkeit über die Forderung zu verfügen. Kraft dieser Anzeige allein ist somit schon der Zessionar zur Klage berechtigt. — Die Abtretung bleibt aber auch selbst als Übertragung des formalen Klagrechts als wirksames Geschäft von dem Einwande des Scheingeschäfts immer dann unberührt, wenn ein förmlicher Abtretungsvertrag geschlossen und dem Schuldner mitgeteilt ist. Ist in einem solchen Falle die

Abtretung nicht ernst gemeint, so stellt sie die Erteilung der Vertretungsmacht, die Vollmacht, das Recht für den bisherigen Gläubiger auszuüben, dar. Dann aber gelten die §§ 171, 172 auch für die in die Form einer Zession und deren Mitteilung gekleidete Bevollmächtigung. An dem Einwande des Scheingeschäfts besteht daher angesichts des § 409 wegen der §§ 195, 182, 171, 172 nicht das geringste Interesse. — Sollte aber auch der Zessionar ein „Strohmann", eine „vorgeschobene Person" sein, so bedeutete dies, daß er, ohne wirklich Träger von Rechten zu sein, nach außen als solcher zu gelten und aufzutreten habe; er hätte dann zwar nicht die Rechte aus der Forderung erworben, wohl aber als derjenige hingestellt werden sollen, der die Rechte ausüben sollte.

b) Wegen des Urteils **RG. 53** 420, JW. **03** Beil. 53 (JDR. **2** zu § 409 Note 2 usw.) — s. o. zu § 242 Ziff. 3 b η und § 398 Ziff. 3 b ε.

c) **RG.** R. **04** 361 Nr. 1631: Der Schuldner kann, nachdem ihm die Zession der gegen ihn bestehenden Forderung gemäß § 409 vom Gläubiger angezeigt ist, dem Zessionar den Einwand, daß die Zession simuliert oder nur zur Sicherheit oder nur zum Inkasso erfolgt sei, nur dann mit Erfolg entgegensetzen, wenn er ein eigenes Interesse daran hat, daß der Zedent noch Inhaber der Forderung sei.

3. Actus legitimus.

*E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 168 ff.: Die Erklärungen zur Kenntnisnahme (wie z. B. die Abtretungsanzeige, die Mängelrüge § 478, die Hinterlegungsanzeige § 374, sowie die sonstigen Mitteilungen, Anzeigen oder Bekanntmachungen) sind als sogen. Rechtshandlungen an und für sich nicht bedingbar. Die an sie geknüpften Rechtsfolgen können jedoch durch besondere begrifflich zu unterscheidende Erklärungen von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden. Die Zulässigkeit von Bedingung und Befristung bei diesen Zusatzerklärungen bestimmt sich nach dem für das Bedingungsverbot maßgebenden allgemeinen Grundsatze (vgl. zu § 158 BGB.).

4. Vorlegen. **RG. 56** 66: „Vorlegen" bedeutet die Handlung, wodurch dem anderen der Gegenstand tatsächlich zur Hand oder doch vor Augen gestellt, seiner sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gemacht wird. Die bloße Erwähnung, Inbezugnahme einer Urkunde als einer in Händen des Erklärenden befindlichen ist keine Vorlegung.

5. **RG.** JW. **04** 485/6: Im Gegensatze zu der Anzeige des § 401 gehört die im § 1280 zu den gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung des dinglichen Pfandrechts an der Forderung, also zu dem das Pfandrecht erzeugenden Tatbestand.

6. **RG.** ElsLothrJZ. **04** 80/1: Eine Übertragung von Forderungsrechten vermag an sich dem Erwerber nicht mehr Rechte zu geben, als der Übertragende hat, auch wenn über das Schuldverhältnis eine seinen Inhalt nicht vollständig enthaltende Urkunde vorliegt. Denn der in Art. 1321 a. a. O. (dem § 409 entsprechend) ausgesprochene Rechtsgrundsatz findet auf den Fall der Übertragung einer Schuld, über die, ohne jede Simulationsabsicht, lediglich eine unvollständige Urkunde errichtet ist, keine unmittelbare oder analoge Anwendung.

§ 410. 1. § 410 und § 273.

Über die Nichtanwendbarkeit der §§ 273, 274 auf den § 410 s. **RG. 56** 302 ff. oben zu § 273 Ziff. 8 b γ. S. ferner OLG. **8** 48/9 (Hamburg), ebenfalls verneinend. Die Befugnis des Schuldners, nur gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde zu leisten, ist kein Recht auf ein Tun des Zessionars, sondern lediglich eine Einschränkung der eigenen Leistungspflicht. Diese Sicherung kann aber auch nach Abs. 2 durch eine schriftliche Anzeige des Zedenten beschafft werden. Vgl. JDR. **1** zu § 410 Ziff. 3, **2** Ziff. 1.

2. Beglaubigte Abschriften der Abtretungsurkunde.

RG. 56 304 läßt die Richtigkeit der Ansicht des OLG. Hamburg, wonach der Schuldner nur gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde zu leisten braucht und daß nicht ausdrücklich vorgesehen sei, daß — im Falle ein Bevollmächtigter im Namen des Zedenten abtritt — der Zessionar dem Schuldner bei dessen Leistung auch die Vollmacht oder eine beglaubigte Abschrift auszuhändigen habe, dahingestellt, da § 435 ZPO. regelmäßig die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde dieser als Beweismittel gleichstelle.

3. Übergangsfragen.

a) **RG. 56** 302/3: Die Rechtsfolgen einer erst nach dem 1. 1. 00 vorgenommenen Abtretung bestimmen sich nach neuem Rechte, auch wenn der abgetretene Anspruch selbst schon vor 1900 entstanden war.

b) OLG. **8** 444/5, R. **04** 446 Nr. 1792 (Stuttgart): Die Aushändigungspflicht ist eine aus dem Abtretungsgeschäft hervorgerufene Wirkung der Abtretung. Dieser Zusammenhang wird auch durch die nahe Beziehung des § 410 zu den §§ 403, 409 dargetan. Der § 410 setzt voraus, daß der bisherige Gläubiger eine Abtretungsurkunde ausstellen muß. Der Zweck, den Schuldner zu schützen, wird durch § 409 gewährleistet. Daher kann der § 410 auf vor dem 1. I. 1900 entstandene Schuldverhältnisse keine Anwendung finden.

§ 412. 1. Pflicht zur Vorlegung des Erbscheins.

a) *Haberstumpf, R. **04** 188: Der Nachlaßschuldner muß, die Liquidität der Schuld vorausgesetzt, zur Zahlung verurteilt werden, auch wenn ihm trotz seines Verlangens kein Erbschein vorgelegt ist, aber es dürfen ihm die Kosten des Prozesses nur dann auferlegt werden, wenn ihm auf Verlangen vor der Klagerhebung entweder ein Erbschein vorgelegt oder sonst in überzeugender Weise das Erbrecht des Klägers nachgewiesen ist und er trotzdem die Zahlung verweigert. A. M. **RG. 54** 343.

b) Hellwig, SeuffBl. **04** 473 ff., begründet seine Ansicht, daß der Schuldner die Vorlage eines Erbscheins verlangen kann (Anspruch und Klagrecht 357 ff.), eingehend gegen Hachenburg (Vorträge (2) 284, Planck Ziff. 3 zu § 2367, **RG. 54** 344, DJZ. **00** 503, **03** 284) nochmals (gleicher Ansicht Strohal, Erbrecht (2) 376 II, Kohler, AbürgR. **24** 186, Paech, DJZ. **03** 497, Wilke Anm. 6 zu § 2365), unter Hinweis insbesondere auf den § 412. Die §§ 410, 412 sind auf den Fall der Erbfolge analog anzuwenden. Das wesentliche Element dieser Vorschriften ist das, daß der Schuldner gegen die Gefahr der Doppelzahlung geschützt wird. Dieser Zweck ist, wenn der Gläubiger durch Ausstellung einer Erklärung angegangen werden kann, durch diese zu erreichen. Ist der Gläubiger gestorben, so bietet der § 2367 die Möglichkeit, den Schuldner vor den mit dem Eintritte der Rechtsnachfolge verbundenen Gesetzen zu schützen; er hat ebenso wie der § 409 den Zweck, den Schuldner zu schützen; folgt aus ihm auch nicht das Recht, die Vorlage des Erbscheins zu verlangen, so folgt dies doch aus den Rechtsgedanken der §§ 410, 412. — U. U. steht aber dem Erben der Einwand aus § 226 zu. S. auch o. zu § 372 Ziff. 2, § 380.

2. Über das Verhältnis des § 412 zum § 151 LandwUVG. s. R. **04** 222 Nr. 1031 (OLG. Kolmar).

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Es scheint, als ob die eingehende wissenschaftliche Polemik zwischen Regelsberger und v. Blume (JDR. **1** zu §§ 414 ff.) die theoretischen Gesichtspunkte der Schuldübernahme so völlig erschöpft habe, daß ein Bedürfnis nach grundlegender Behandlung sich nicht mehr einzustellen vermag. Auch diesmal sind lediglich praktisch bedeutsame Einzelfragen behandelt worden. Die vom RG. für die kumulative

Schuldübernahme geforderte Schriftlichkeit scheint sich durchaus nicht überall durchsetzen zu wollen, wenn auch die Mehrzahl der Gerichte dem RG. folgt. Das OLG. Cöln hat sehr eingehend neuerdings wieder den abweichenden Standpunkt begründet (§ 414 Ziff. 2a). Wie die zu § 414 Ziff. 3 mitgeteilte Rechtsprechung beweist, wird es in der Praxis mit dem Zustandekommen eines Schuldübernahmevertrags nicht leicht genommen. Den breitesten Raum nehmen die mannigfachen brennenden Fragen des § 416 ein. Sehr bedeutsam sind die zu Ziff. 5 und 6 behandelten; das RG. läßt dort (Ziff. 5) genügen, daß der Erwerber einmal m Grundbuch eingetragen gewesen war; das BayObLG. (Ziff. 6) bekämpft die herrschende Ansicht bezüglich des § 416 vor Anlegung des Grundbuchs. Auch sonst fehlt es an wichtigen Einzelfragen nicht.

Literatur: Die Quellen der einzelnen Arbeiten sind an den einschlägigen Stellen angegeben. — Umfassende Abhandlungen fehlen.

Zu §§ 414 ff. Isay, Iherings J. **48** 205 (s. insbesondere oben zu §§ 241 ff. Ziff. 4 b): Der Abschnitt über die Schuldübernahme bezieht sich zwar an sich nur auf das Schuldverhältnis; da aber regelmäßig der Schuldner auch persönlich haftet, so trifft er insoweit auch das Haftungsverhältnis mit. Die Bürgschaft ist besonders geregelt. Für den Fall der privativen Übernahme des Haftungsverhältnisses sind die §§ 414, 415 entsprechend anzuwenden.

§ 414. 1. Allgemeines.

a) Jacoby, DJZ. **05** 212: Der Schuldübernehmer ist zwar Sondernachfolger des Urschuldners, aber nicht sein Rechtsnachfolger im Sinne der §§ 325, 727, 729 ZPO., weil er nicht in ein Aktivum, ein Recht des Urschuldners, sondern in dessen Verbindlichkeit sukzediert; nur aus Billigkeitsrücksichten ist den Gläubigern der Weg des § 727 ZPO. überlassen. Vgl. die betr. Paragraphen der ZPO. in JDR. **3.**

b) Rappaport a. a. O. 104 ff.: Über die Unmöglichkeit für den Übernehmer, anspruchsverneinende Einreden aus seinem Verhältnis zum Urschuldner geltend zu machen; bezüglich der rechtsverfolgenden 106—109: Eine Anfechtung der Schuldübernahme selbst kann, da sie gegenüber dem Gläubiger erfolgte, nur gegenüber diesem stattfinden. Mängel des Kausalgeschäfts zwischen Ur- und Neuschuldner können nur dann im Verhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmer wirken, wenn sie als Bedingung in dieses Verhältnis aufgenommen sind.

c) Lippmann, Iherings J. **48** 327 ff. — s. insbesondere unten zu § 778 — bekämpft die Ansicht des RG., vor allem die vom RG. behauptete große Ähnlichkeit der kumulativen Schuldübernahme und Bürgschaft. Der Bürge hat, wenn er gezahlt hat, Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner; in dem Begriffe der kumulativen Schuldübernahme ist ein solches Recht nicht enthalten.

2. Kumulative Schuldübernahme insbesondere. S. JDR. **1** zu § 414 Ziff. 4b, **2** Ziff. 4.

a) OLG. Cöln, RheinArch. **04** 212 ff. — s. auch OLG. 8 84 (Cöln), R. **04** 222 Nr. 1032: Zur Gültigkeit auch der kumulativen Schuldübernahme ist Schriftform nicht erforderlich. Nach dem Grundsatz der Formfreiheit, und weil die Sonderformvorschriften nicht analog angewendet werden dürfen. Von der Bürgschaft ist sie sowohl ein ihrem juristischen Begriff nach wie auch vom Gesichtspunkt des Rechtsverkehrs verschiedenes Institut. Der Bürge haftet erst in zweiter Linie, der Schuldübernehmer weiß, daß er sich der Zahlungsverpflichtung unmittelbar gegenüberstellt. Eine Mahnung (durch Gebot der Schriftform) ist daher hier nicht mehr als bei irgendeinem anderen Vertrag am Platze. Auch von einer Umgehung des § 766 kann nicht gesprochen werden. Bei der rechtlichen Gleichwertigkeit beider Rechtsinstitute steht den Parteien zwischen beiden die Wahl frei. Auch ist ein wesentlicher Unterschied zwischen der privativen und

kumulativen Schuldübernahme nicht anzuerkennen. Überall, wo ein eigenes Interesse des Schuldübernehmers an dem bisherigen Schuldner fehlt, was häufig bei der privativen Schuldübernahme der Fall sein wird, wird nur gezwungen und nur äußerlich von einer „Gegenleistung" des Gläubigers an den Schuldübernehmer in der Freigabe des bisherigen Schuldners gesprochen werden können.

Entgegengesetzt LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 110 mit den Gründen des RG., OLG. **9** 284 (München) und Braunschweig, SeuffA. **59** 397/8 (Vorgeschichte).

b) **RG.** SächsA. **14** 59 ff.: Eine kumulative Schuldübernahme ist auch, abgesehen von dem Erfordernis der Schriftform, ausgeschlossen, wenn es an dem erklärten Willen, sich neben dem Schuldner zu verpflichten, fehlt.

3. *Pohl, Bierlieferungsvertrag 63 ff. (Bonn 1904): Nur im Wege der Schuldübernahme ist bei langfristigen Lieferungsverträgen, vor allem beim Bierlieferungsvertrag, durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Verträge bei Übergang des Geschäfts einer Partei auf einen Dritten der Eintritt dieses Dritten in den Vertrag an Stelle der ausscheidenden Partei zur Sicherung der anderen Partei von vornherein festzulegen. Selbst wenn die Parteien Eigentümer der Grundstücke sind, auf denen sie ihre Gewerbe betreiben, kann durch derartige Verträge nicht, wie dies besonders beim Bierlieferungsvertrag versucht worden ist, eine dingliche, in das Grundbuch eintragbare Berechtigung bzw. Belastung begründet werden. (Vgl. des näheren a. a. O. 63 ff.).

3. Näheres von dem Übernahmevertrag, Auslegungsfragen.

a) **RG.** JW. **04** 551: Wie § 415, läßt auch der § 416 die im § 414 geordnete Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Dritten und dem Gläubiger völlig unberührt. Als Vertrag im Sinne des § 414 erscheint aber insbesondere jedes Abkommen zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber, durch welches die von diesem mit dem Veräußerer vereinbarte Schuldübernahme bestätigt wird. Ein solches Abkommen liegt vor, wenn der Erwerber von dem mit dem Veräußerer geschlossenen Vertrage dem Gläubiger Mitteilung macht und dieser hierauf dem Erwerber erwidert, daß er ihn als Schuldner annehme. Das Abkommen kann sich andererseits auch so vollziehen, daß der Gläubiger, der von dem Vertrage Kenntnis erhalten hat, dem Erwerber eine entsprechende Erklärung zugehen läßt und daß der Erwerber der Erklärung zustimmt.

b) BayObLG., R. **04** 446 Nr. 1793: Darin, daß jemand eine fremde Schuld zu zahlen verspricht, liegt nicht ein verpflichtendes Anerkenntnis der Schuld und ein besonderes Schuldversprechen dem Gläubiger gegenüber, sondern eine Schuldübernahme im Sinne des § 414.

c) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **04** 614 ff., R. **04** 45 Nr. 156: Aus der auf eine Anfrage des Zessionars einer Versicherungsforderung von der Gesellschaft erteilten Antwort „Mit Zession einverstanden" läßt sich keineswegs der Wille der Gesellschaft herauslesen, eine eigene selbständige Verpflichtung zur Zahlung zu übernehmen.

d) Schefold, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Abfindungsvertrag, BoschersZ. **46** 295—298: Der Vertrag einer unehelichen Mutter mit dem Vater des Kindes, wodurch sie sich verpflichtet, die dem Vater obliegende Unterhaltspflicht selbst und allein zu erfüllen, ist von den Parteien nicht als Schuldübernahme, sondern als Erfüllungsübernahme (§ 329) gewollt worden. Läßt der Vormund das Versprechen auch sich als Vormund geben, so schließt auch er nur einen Erfüllungsübernahmevertrag ab, daß die Mutter ihn, den Vormund, als Erfüllungsschuldnerin neben dem ursprünglichen Schuldner haftend, befriedigen werde. Das Rechtsgeschäft des § 329 ist hier zwischen dem Gläubiger und dem Dritten vereinbart. —

§ 415. 1. Rappaport a. a. O. 111: Der Schuldübergang vollzieht sich mittels abstrakten Vertrags zwischen Ur- und Neuschuldner; es gilt in bezug auf die Einreden aus dem Verhältnisse zwischen den beiden Schuldnern dasselbe, was beim Zessionsakte von den Einreden aus dem Verhältnisse zwischen den beiden Gläubigern. Insbesondere können Mängel der Kausalberedung zwischen den beiden Schuldnern nur mittels Einwirkung auf die Gültigkeit des Schuldüberganges die Forderung des Gläubigers beeinflussen. — Über die Anwendung der §§ 123 Abs. 2, 143 Abs. 2 a. a. O. 111/2.

2. Pütz, RheinNotZ. **49** 91 ff., behandelt die Grundsätze der Schuldübernahme und ihre Wirkungen auf die Vollstreckbarkeit der Schuldurkunde, besonders den Fall des § 415. Es treten vorläufig nur Rechtswirkungen zwischen dem Dritten und dem Schuldner ein, der Gläubiger erwirbt einstweilen noch keine Rechte. — Infolge der genehmigten Schuldübernahme tritt eine Sondernachfolge in die Schuld ein, keine allgemeine Rechtsnachfolge auf seiten des Schuldners. — Verweigert der Gläubiger die Schuldübernahme, so kann ihm die Übernahme und Vereinbarung nicht nochmals angeboten werden. — die Schuldübernahme nach § 415 wird sofort wirksam und die Urkunde ist sofort vollstreckbar, bei der nach § 414 ist § 727 ZPO. maßgebend, bei der nach § 416 ist noch der Nachweis der besonderen Erfordernisse des § 416 notwendig. In den Fällen der §§ 415 und 416 ist es daher sehr schwierig, dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung der Übernahme-Urkunde zu erteilen. Die einzige Möglichkeit, dem Gläubiger einen in allen Fällen, auch bei Nichtgenehmigung vollstreckbaren Titel in der Übernahme-Urkunde zu verschaffen, besteht darin, neben der Übernahme-Vereinbarung ein selbständiges Schuldversprechen zugunsten des Gläubigers zu stipulieren, welches neben die Schuld des Schuldners tritt. Die §§ 325 Abs. 3, 800 ZPO. gewähren die dingliche Zwangsvollstreckung gegen jeden Erwerber (a. a. O. 99—101).

3. *Altvater, AzivPr. **95** 382 ff., 393 ff., 421 ff.: Der „Pachtabstand", d. i. ein Vertrag, der das Ausscheiden des Pächters und den Eintritt eines Dritten in den Pachtvertrag zum Zwecke hat, setzt sich zusammen aus der Abtretung der pächterischen Rechte und Übernahme der pächterischen Verbindlichkeiten durch den neuen Gläubiger (sog. Abstandnehmer); er bedarf in beiderlei Hinsicht der verpächterischen Genehmigung (vgl. zu § 549). — Ob ein Pachtabstand oder ein neuer Pachtvertrag vorliegt, ist Auslegungsfrage.

4. OLG. Braunschweig, R. **04** 137 Nr. 593: Auch Hypothekenschulden können von dem Käufer vor seiner Eintragung als Eigentümer übernommen werden, zwar nicht nach § 416, wohl aber nach § 415; auch hier wirkt die Übernahme nur als Erfüllungsübernahme, da nicht damit zu rechnen ist, daß vor der Eintragung des Käufers die Hypothekengläubiger die Genehmigung zur Schuldübernahme nach § 415 erteilen werden.

5. **RG. 56** 294 berührt, aber entscheidet die Frage nicht, ob bei der Unwirksamkeit der Schuldübernahme der Vertrag nach § 415 Abs. 3 wenigstens eine gültige Erfüllungsübernahme nach § 329 darstellen würde.

§ 416. 1. Strikte Interpretation.

Pütz a. a. O. 94 ff.: Der § 416 ist strikt zu interpretieren, der § 415 kann keine Anwendung finden. Es ist zweckmäßig, die Veräußerer über die Fortdauer ihrer Haftung bei Nichtgenehmigung der Schuldübernahme aufzuklären, damit sie die Genehmigung herbeiführen. Als einfachster Weg empfiehlt sich eine Vereinbarung zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger nach § 414. Die hierzu gehörenden beiden übereinstimmenden Willenserklärungen können nicht aus konkludenten Handlungen gefolgert werden, vgl. auch OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 712. —

2. Formulare für § 416.

Bleugels, RheinNotZ. **49** 122—124: Es empfiehlt sich, in die Formulare die Bestimmung aufzunehmen, daß dem Hypothekengläubiger eine vollstreckbare Aushändigung der Urkunde ausgehändigt werden soll (vgl. auch Art. 49 PrFrGG.). — Er empfiehlt ferner folgende Fassung: „Der Erwerber verpflichtet sich, zur Entlastung des Veräußerers folgende auf dem Grundstücke für den Gläubiger N. N. eingetragene Forderung . . . als eigene persönliche Schuld zu berichtigen". Weiter wird zu der üblichen Bestimmung „der Käufer unterwirft sich dem Gläubiger der übernommenen Hypothek gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde" folgender Zusatz empfohlen: „dem Gläubiger der übernommenen Hypothek ist eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen, gleichviel, ob er den Veräußerer aus der Pfandhaft frei gibt oder nicht" (125). 125 bis 129 vertritt er gegen Dorst, RheinNotZ. **48** 265 und Seuffert zu §§ 325 und 727 ZPO. die Ansicht, daß das Urteil gegen den Schuldübernehmer wirksam und vollstreckbar ist, dies aber nicht von einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde gilt, indem durch die §§ 795, 800 ZPO. der § 727 ausgeschlossen ist.

3. Subhastation.

Karl Meyer, Fragen aus dem Zwangsversteigerungsrechte, SeuffBl. **04** 217 ff., wendet die §§ 415—417 auf die Subhastation an. Er betont zu § 416 Abs. 1: die Annahme von Zinsen vom Ersteher seitens des Gläubigers enthält noch keine Erklärung der Genehmigung, wohl aber ist sie in der Mahnung zur Zinszahlung oder der Kündigung des Kapitals zu finden, da der Gläubiger hierdurch zur Genüge zu erkennen gibt, daß er den Ersteher als seinen nunmehrigen Schuldner ansieht. —

4. Die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung. Vgl. JDR. **1** zu § 416 Ziff. 3, 4a, **2** Ziff. 2, 3.

a) **RG.** JW. **04** 550 ff., ZBlFrG. **5** 398 Nr. 406a: Dem § 415 unterstehen an sich auch die Fälle des § 416 nur mit der Maßgabe, daß § 415 durch § 416 im einzelnen geändert und ergänzt wird. Wesentliche Verschiedenheit besteht zwischen der allgemeinen Regelung und der Sonderordnung bezüglich der Befugnis der Mitteilung, Form, Inhalt und Folgen. Wenn nun in den Fällen des § 416 nach Abs. 2 die Mitteilung des Veräußerers den dort bezeichneten Hinweis enthalten „muß", so folgt daraus, daß eine Mitteilung ohne diesen Hinweis nicht als Mitteilung im Sinne des Gesetzes gelten kann. Daraus ergibt sich weiter (Abs. 1), daß eine auf die als nicht geschehen anzusehende Mitteilung etwa erfolgte Genehmigung der Rechtswirksamkeit entbehrt. — Eine andere Frage ist es, ob Erwerber und Veräußerer rechtlich in der Lage sind, entweder vertragsmäßig die Anwendbarkeit des § 416 überhaupt auszuschließen und die Übernahme der Hypothekenschuld einfach nach § 415 zu ordnen, oder doch ausdrücklich oder stillschweigend Vereinbarungen über die Herbeiführung der Genehmigung des Gläubigers wenigstens insoweit zu treffen, als nicht die Rechtsfolge des Ablaufs der sechsmonatigen Frist in Frage kommt. (Unentschieden gelassen.)

b) BayObLG. R. **04** 552 Nr. 2372, ZBlFrG. **5** 398 Nr. 405: Die Mitteilung des Veräußerers nach Abs. 2 muß schriftlich erfolgen, wenn das Schweigen als Genehmigung gelten soll; der Gläubiger ist aber zur Genehmigung auch dann berechtigt, wenn der Veräußerer ihm die Schuldübernahme ohne Beachtung der Vorschrift mitteilt. Auch kann der Übernehmer einen Vertrag formlos nach § 414 durch schlüssige Handlungen mit dem Gläubiger schließen. — Ebenso OLG. **8** 51/2 (Braunschweig). S. ferner BayObLG. **5** 441 ff., SeuffBl. **04** 525 ff. a. E. u. unten zu Ziff. 6a.

c) SächsOLG. **26** 67 ff., ZBlFrG. **4** 712 ff.: Durch den klaren Wortlaut des § 416 ist jeder Genehmigung des Gläubigers, die nicht auf eine Mitteilung des Veräußerers an ihn erfolgte, die Wirksamkeit abgesprochen. (Gefolgert aus der Entstehungsgeschichte.) § 415 für den Übernehmer hat neben § 416 für den Veräußerer keinen Raum. (So auch die herrschende Ansicht: Schollmeyer, Schuldverhältnisse 404 Anm. 3, Goldmann und Lilienthal 456 Anm. 8, Neumann zu § 416, Otto, SächsA. Beilage **3** 301.) S. auch SächsOLG. **26** 74, OLG. **8** 51/2 (Braunschweig).

5. Erfordernis der Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch.

RG. 56 200 ff., SeuffA. **59** 434 ff., JW. **04** 59: Gegen die Auslegung des § 416, daß die Mitteilung des Veräußerers mit der ihr vom Gesetze beigelegten Wirkung auch nur so lange erfolgen könne, als der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht (Oberneck 605, 608 — gegen ihn Fuchs, Grundbuchrecht I 715 Note 9), spricht der Wortlaut. Die sprachliche Bedeutung des Wortes „erst" ist die, daß damit eine zeitliche Anfangsgrenze gesetzt wird. Es ist nur gesagt, daß die Handlung nicht vorher vorgenommen werden kann. Ferner sprechen hierfür auch innere Gründe: der Eigentümer hätte sonst zu der Weiterveräußerung des Grundstücks ein Mittel zur Hand, die Auslösung des Veräußerers aus der persönlichen Haftung zu hintertreiben. Der Veräußerer muß aber trotz der Weiterveräußerung des Grundstücks berechtigt bleiben, die Schuldübernahme dem Gläubiger mitzuteilen, um so die ihm vertragsmäßig eingeräumte Möglichkeit, an seine Stelle den Erwerber als persönlichen Schuldner eintreten zu lassen, zu verwirklichen. — Auch für den Erwerber kann die gegenteilige Annahme zu Unbilligkeiten führen. — (In gleichem Sinne schon nach preußischem Rechte **RG.** Gruchots Beitr. **37** 1114.)

Hierdurch aufgehoben OLG. **8** 49—51 (Stuttgart): Nur weil der Erwerber zugleich Eigentümer ist, soll er dem Gläubiger auch als persönlicher Schuldner genehm sein, während ein gesetzgeberisches Motiv dafür fehlt, daß der Gläubiger einen schuldübernehmenden Erwerber, der das Eigentum weitergegeben und damit jede rechtliche Beziehung zum Gläubiger aufgegeben hat, soll stillschweigend als persönlichen Schuldner akzeptieren wollen (Denkschr. 56). Unbilligkeiten, die sich daraus für den Veräußerer ergeben könnten, können daran nichts ändern.

6. § 416 vor Anlegung des Grundbuchs.

a) BayObLG. **5** 441—450, SeuffBl. **04** 525—531, R. **04** 546/7, entscheidet sich gegen die herrschende Meinung, die annimmt, daß in der Zwischenzeit vom Inkrafttreten des BGB. bis zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, für die mit der Veräußerung eines Grundstücks verbundene Übernahme einer Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, die bisherigen Vorschriften maßgebend sind. — Die Übernahme einer Verbindlichkeit, für welche eine Hypothek besteht, fällt nicht unter den Art. 189 EG., sondern ist ein dem Rechte der Schuldverhältnisse angehöriges Rechtsgeschäft, für welches die Übergangsvorschriften einen Vorbehalt nicht enthalten. Es müßte deshalb, wenn § 416 nicht anwendbar sein sollte, § 415 zur Anwendung kommen; für landesrechtliche Vorschriften ist kein Raum. Die Vorschriften des § 416 hängen nicht mit irgendwelchen Besonderheiten der Gestaltung der Hypothek im BGB. zusammen, sondern sie tragen einem Bedürfnisse des Grundstücksverkehrs Rechnung, das seinen Grund in der wirtschaftlichen Bedeutung der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek hat und bei der Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek des alten Rechtes dasselbe ist wie bei dem Bestehen einer Hypothek des BGB. — Die Erwähnung der Eintragung im Abs. 2 Satz 1, der allerdings voraussetzt, daß das Grundbuch

angelegt ist, hat dieselbe Bedeutung, wie die des Überganges des Eigentums in den §§ 573—575, der durch Auflassung und Eintragung erfolgt. Wie diese ist der § 416 auch da, wo das Grundbuch noch nicht angelegt ist, anwendbar. — Die Anwendung des § 416 greift auch keineswegs in den gemäß Art. 184 EG. sich nach dem bisherigen Rechte bestimmenden Inhalt der Hypotheken ein. — Ferner steht auch nicht entgegen, daß nach Abs. 2 Satz 2 die Mitteilung schriftlich erfolgen „muß", wenn das sechs Monate währende Schweigen des Gläubigers als Genehmigung gelten soll. Der Gläubiger ist aber zur Genehmigung auch dann berechtigt, wenn der Veräußerer ihm die Übernahme ohne Beobachtung des Abs. 2 Satz 2 mitteilt. Außerdem kann nach § 414 ein Schuldübernahmevertrag mit dem Gläubiger geschlossen werden.

b) Dagegen wird die herrschende Ansicht vertreten in **RG. 58** 386 und § 56 des bayerischen Hypothekengesetzes v. 1. 6. 82 angewendet. S. auch OLG. 8 52 (Dresden).

7. Über das Verhältnis des § 416 zu § 414 s. oben Ziff. 4 und JDR. **1** Ziff. 5.

§ 417. Rappaport a. a. O. 92/93 (insbes. oben zu §§ 241 ff. Ziff. 5 b, § 404) hält den § 417 für zu weit greifend, weil nach ihm der Übernehmer ein Anfechtungsrecht des Urschuldners, sein Wandelungs-, Minderungsrecht, überhaupt jedwedes Leistungsverweigerungsrecht geltend machen dürfte. Die Praxis habe die richtige Grenze zu finden.

§ 418. *Altvater, AzivPr. **95** 410 ff., 421 ff.: Das dem Pächter gehörige, auf der Pachtung verbliebene Inventar, sowie der von ihm bestellte Pachtvorschuß haften auch nach dem Ausscheiden des Pächters aus dem Vertrage für die Erfüllung der auf den Abstandnehmer übergegangenen pächterischen Verbindlichkeiten; vgl. o. zu § 415 Ziff. 3.

§ 419. OLG. Dresden, DJZ. **04** 414: Die Tatsache, daß der Übernehmer mit Bewußtsein das Vermögen des Übergebers annimmt, verpflichtet ihn zur Schuldenhaftung.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Grundlegende umfassende Arbeiten und Entscheidungen fehlen. Lediglich der § 426 hat durch Bendix und auch durch Boethke theoretische Würdigung erfahren. Dagegen sind eine Reihe praktisch bedeutsamer Einzelfragen zur Sprache gekommen: die von Neumann-Weimar behandelte (§ 421 Ziff. 1) nach der Fassung der Urteilsformel bezüglich des Sicherheitsnachlasses für verurteilte Solidarschuldner, die nach der Haftung für die Gebühren und Auslagen des Notars bei gemeinschaftlich veranlaßter Aufnahme von Urkunden (Ziff. 3a), die nach der Haftung des Erwerbers und Veräußerers für Gemeindesteuerkosten bei dem Umsatze von Grundstücken (§ 426 Ziff. 4) und schließlich diejenige nach der Wirkung der ehemännlichen Kündigung bei Wohnungen, die die Ehegatten gemeinschaftlich gemietet haben (§ 432).

§ 421. 1. Neumann (Weimar), ThürBl. **51** 209/212: Ist ein Urteil korrekt, welches bei der Verurteilung von Gesamtschuldnern dem Antrage auf Nachlaß der Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung dahin entspricht, „den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Hinterlegung . . . abzuwenden?" Ist der Nachlaß dieser Sicherheitsleistung zu gesamter Hand richtig? — Neumann verneint die Frage. Die Verurteilung als Gesamtschuldner bedeutet nur, daß jeder vom Kläger auf das Ganze in Anspruch genommen werden kann und daß, wenn einer das Ganze zahlt, die Schuld gegen beide erloschen ist. Es liegt aber nicht etwa ein reines Korrealverhältnis vor, nicht nur eine einzige Obligation mit einer Mehrheit von Subjekten,

sondern gegen jeden Schuldner findet ein besonderes Forderungsrecht statt, nur werden durch einmalige Leistungen alle Schuldner frei (§§ 420—432). Dagegen ist eine Aufhebungstatsache der Obligation, welche in der Person des einen Schuldners eintritt, und nicht selbst Erfüllung oder gleich Erfüllung ist, für die übrigen Schuldner gleichgültig. Aus diesem Verhältnis der bloßen Solidarität der beiden Verhafteten bei gleichzeitig unteilbarer Obligation folgt, daß auf die Sicherheit so zu erkennen ist, daß jeder von beiden die Sicherheit für sich leisten kann, also: „jeder der Beklagten kann durch Hinterlegung von 100 M. die Zwangsvollstreckung von sich abwenden".

2. OLG. Königsberg, SeuffA. **59** 291/2: Einem solidarisch mit einem anderen verpflichteten Mitschuldner, gegen den der Gläubiger nicht vollstreckt, steht, wenn er für den anderen Schuldner, gegen den vollstreckt wird, interveniert, die Einrede der Arglist entgegen, da der Gläubiger in der Lage ist, die gepfändete Sache sofort auch im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den intervenierenden Mitschuldner zu verzinsen und sich so auch ihm gegenüber ein wirksames Vollstreckungspfandrecht zu verschaffen.

3. a) AG. Düsseldorf, RheinNotZ. **49** 110—112: Lassen zwei Parteien durch einen Notar einen Vertrag beurkunden, so ist jede ihm gegenüber zur Zahlung der Gebühren und Erstattung der Auslagen verpflichtet. Der Umstand, daß nach dem beurkundeten Vertrag einer die Tragung der Kosten übernommen hat, berührt das Verhältnis des Notars zu den Parteien nicht.

b) Ebenso OLG. Kolmar, ElsLothrNotZ. **24** 309, R. **04** 314 Nr. 1394: An der Haftung der Vertragsparteien (Eheleute) als Gesamtschuldner dem Notar gegenüber wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß und wer sich in den beiden Notariatsakten zur Tragung aller Gebühren und Kosten ausdrücklich verpflichtet hat, da diese im Einklang mit § 449 stehende Vereinbarung nur für die Beteiligten selbst wirksam ist.

c) S. ferner BayObLG. **5** 54 ff.: Wer die Tätigkeit des Notars zum Zwecke der Vornahme eines Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt, haftet mit den übrigen Personen, die diese Tätigkeit in Anspruch genommen haben, als Gesamtschuldner für die dem Notar zukommenden Gebühren sowie für die durch das Rechtsgeschäft veranlaßten Auslagen. — S. auch ebenda 75. Eine gemeinschaftliche Haftung tritt nach Art. 49 des Notariatsgesetzes ein, wenn mehrere die Tätigkeit des Notars zu einem und demselben Geschäft in Anspruch genommen, also den Notar um dessen Vornahme ersucht haben: nicht also bei einer Versteigerung.

§ 423. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 170: Für ihre Verpflichtungen haften alle Gesellschafter als Gesamtschuldner persönlich (§§ 421 BGB., 128 HGB.). Die Rechte aus dem Kaufvertrag erwirbt die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma (HGB. § 124). Dem einzelnen Teilhaber entsteht dadurch keine Gesamtforderung nach § 423 BGB., sondern nur ein gemeinschaftliches Gläubigerrecht.

§ 425. 1. KG. R. **04** 281 Nr. 1271: Der Aussteller einer Prozeßvollmacht und der Anwalt, auf den sie lautet, haften für die Entrichtung des Stempels nach älterem Rechte solidarisch, nach § 425 als Gesamtschuldner. Durch die Zahlungsaufforderung an den einen Verpflichteten wird die Verjährung gegen den anderen Schuldner nicht unterbrochen.

2. Über die Frage, ob die Kündigung des Ehemanns bezüglich einer von den Ehegatten gemeinschaftlich gemieteten Wohnung auch für die Ehefrau wirksam ist, s. unten zu § 432.

§ 426. 1. *Bendix, AbürgR. **25** 91: Diese Vorschrift kommt auch dann zur unmittelbaren Anwendung, wenn mehrere Sicherungspflichtige, z. B.

Bürge, Drittverpfänder und der Eigentümer des für fremde Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücks zusammentreffen. In Höhe der Forderung, für die die Sicherheiten haften, ist jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber sie nur einmal zu beanspruchen berechtigt. Selbstverständlich ist diese Verpflichtung bei den fremden Mobiliar- und Immobiliarschuldnern nur auf den Gegenstand der Pfandhaft beschränkt. Dies ändert aber die Natur ihrer solidarischen Haftung nicht; sie haften mit den Pfandobjekten untereinander für dieselbe Leistung auf das Ganze. Dies zeigt sich besonders im Konkurse. Hat der Schuldner für seine Schuld ein eigenes Pfand bestellt und bricht Konkurs über sein Vermögen aus, so greift § 64 KO. Platz. Besteht dagegen für die Forderung ein fremdes Pfand, so gelten Schuldner und Pfandbesteller in Gemäßheit des § 68 daselbst als Gesamtschuldner, obwohl letzterer nur mit dem Pfandgegenstande haftet. Dies trifft in gleicher Weise auch zu, wenn mehrere fremde Sicherungen vorhanden sind. Wird z. B. Konkurs über das Vermögen eines selbstschuldnerischen Bürgen eröffnet, so kann der Gläubiger seine volle Befriedigung aus den daneben bestellten fremden Pfändern suchen, bis zu seiner vollen Befriedigung aber auch seine Forderung im Konkurse geltend machen. Gerät der nicht persönlich haftende Pfandschuldner in Konkurs, so ist der Gläubiger befugt, in voller Höhe abgesonderte Befriedigung aus dem Pfande und von dem selbstschuldnerischen Bürgen solidarisch Zahlung zu beanspruchen.

2. OLG. **8** 53, R. **04** 137 Nr. 594 (Breslau): Jeder Gesamtschuldner soll davor bewahrt bleiben, über seinen nach dem inneren Verhältnis beizutragenden Anteil hinaus zur Leistung herangezogen zu werden. Aus § 426 kann daher höchstens Ersatz der durch die stärkere Heranziehung entstandenen Nachteile gefordert werden. Ob auch sonstige nachteilige Folgen der Versagung der Mitwirkung zu vertreten sind, z. B. das Ausbleiben der Leistung des Gläubigers, ist nach dem sonst zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse zu beantworten.

3. *Boethke, EisenbE. **20** 366: Bedeutung der Worte „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Eine solche Bestimmung kann nicht nur das Gesetz treffen, sie kann auch unter den Parteien vereinbart werden, sie kann aber auch in den sonstigen Rechtsverhältnissen gefunden werden, die sich zwischen den Gesamtschuldnern aus irgendwelchen rechtlich bedeutsamen Beziehungen ergeben. Haftet z. B. einer von 3 Gesamtschuldnern den beiden anderen aus je einem besonderen Rechtsgrunde auf das Ganze, so ist ein Ausgleichungsanspruch unter den beiden anderen nicht gegeben, vielmehr muß zuerst der Dritte in Anspruch genommen werden, wenn er zahlungsfähig ist.

4. a) AG. Trebnitz, BreslAK. **04** 41: Haften nach einer auf Grund des Kommunalabgabengesetzes (§§ 13, 18, 23 Abs. 5) erlassenen Steuerordnung für die Steuer der Veräußerer und der Erwerber, so haften sie gemäß §§ 420, 421, 426 jeder zur Hälfte der teilbaren Leistung. — Das LG. Oels hat die Berufung zurückgewiesen (41/2): § 426 Abs. 2 findet Anwendung.

b) Dagegen erklären AG. Wohlau und LG. Breslau (42—43) den Rechtsweg über diese Fragen für unzulässig. Wenn die Klage, führt LG. Breslau aus, einerseits auf Privatrecht (§ 426), andererseits aufs öffentliche Recht (Gemeinde-Steuerordnung) gestützt ist, so ist die öffentlich-rechtliche Begründung wesentlicher. Erst wenn die Gesamtverpflichtung der Parteien feststeht, kann § 426 in Frage kommen. Diese Feststellung gehört aber ins Verwaltungsstreitverfahren.

c) Die Redaktion tritt dagegen (43) für die Auffassung des LG. Oels ein.

Wie das LG. Oels auch OLG. **9** 31/2, R. **04** 480 Nr. 1959 (KG.) bezüglich einer von der Gemeinde erhobenen Umsatzsteuer. Eine Verkehrssitte, daß sie vom Käufer zn tragen ist, hat sich nicht gebildet.

§ 427. SächsOLG. **26** 144 ff.: Ein Händler nebst Ehefrau und Tochter als Gesamtschuldner verurteilt. Alle drei haben den Betrieb des Handelsgewerbes im eigenen Namen und ein jeder für sich bei der Gewerbebehörde angemeldet und in drei verschiedenen Buden auf der Messe ausgeübt. Alle drei haben gemeinschaftlich mit dem Verkäufer über den Kauf verhandelt.

§ 429. *Weigelin 72 ff. Note 15: Ein Gesamtgläubiger kann nicht mit der Forderung eines anderen Gesamtgläubigers aufrechnen.

§ 430. LG. Coblenz, RheinAV. **21** 141 ff.: Das BGB. geht im § 430 davon aus, daß dem Gesamtgläubigerverhältnis in der Regel eine Gemeinschaft zugrunde liege. Dies ist aber nicht notwendig der Fall; auch ist das Verhältnis der Gesamtgläubiger zueinander ohne Bedeutung nach außen. Das Recht jedes Gläubigers ist hier also selbständig. Die Begründung der Denkschrift zu § 46 des II. Entwurfs der GBO. (§ 48), die davon ausgeht, daß, wenn ein Recht mehreren zusteht, entweder eine Gemeinschaft nach §§ 741 ff. oder zur gesamten Hand vorliegt, trifft demnach auf das Gesamtgläubigerverhältnis nicht zu.

§ 431. Josef, Gruchots Beitr. **48** 261 — s. oben zu § 254 Ziff. 6b —: Gewähren auf Wunsch des Kranken zwei Ärzte die Behandlung und verfahren beide schuldhaft, so haften beide Ärzte gesamtschuldnerisch.

§ 432. Kündigung von mit Eheleuten abgeschlossenen Mietverträgen (s. u. Ziff. 1 zu § 564).

AG. Rixdorf und LG. II Berlin, KGBl. **04** 73: Haben zwei Eheleute einen Mietvertrag unterschrieben, so kann eine wirksame Kündigung nur von beiden erklärt werden, da die Rückgabepflicht der Mieträume auf ihrer Seite nach dem Vertrag eine unteilbare Leistung darstellt. Ebenso KG. ebenda 95/6: Die Mieter sind gemeinschaftlich durch Vertrag zu einer teilbaren Leistung verpflichtet (§ 427) und zur gesamten Hand an einer unteilbaren Leistung berechtigt (§ 423). Nach § 425 wirkt die Kündigung seitens eines Gesamtschuldners nicht für und wider den andern; der Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Eine gesetzliche Vertretungsmacht des Mannes ist nicht gegeben, wohl aber kann er u. U. nach §§ 133, 164 als von der Frau zur Kündigung bevollmächtigt gelten.

Dagegen Kallmann, ebenda 77 ff.: Für die Kündigung des ganzen Verhältnisses kommt allein der Mann in Frage. Die Einzelkündigung eines jeden der beiden kann u. U. die Einzelhaftung des Betreffenden beendigen. Der Fall, daß die mehreren Mieter Eheleute sind, ist anders zu behandeln als die anderen Fälle, in denen Mieter oder Vermieter mehrere Personen sind. Wie die mehreren Vermieter in bezug auf die Verpflichtung zur Überlassung der Wohnung an den Mieter Gesamtschuldner nach § 431 sind, so die mehreren Mieter bezüglich ihrer Verpflichtung zur Rückgabe der Wohnung. Eine Kündigung wirkt daher nach § 425 nur für und gegen den Gesamtschuldner, dessen Person sie betrifft, soweit sich nicht eben aus dem mit der Begründung des Schuldverhältnisses angestrebten Zwecke etwas anderes ergibt. Dies ist hier der Fall.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Der erste Titel des siebenten Abschnitts hat zu theoretischen Abhandlungen wieder vielfach Veranlassung gegeben. In erster Linie ist es der Abnahmeverzug des Käufers und die Anwendbarkeit des § 326, dem Hohenstein zwei Aufsätze gewidmet hat. Es sei auf seine Autoreferate zu § 433 Ziff. II und III 1 u. 2 sowie auf die sich mit dieser Frage bereits beschäftigende Vorbemerkung zum zweiten Abschnitte

hingewiesen. Abgesehen hiervon hat die Theorie ihr hauptsächlichstes Interesse noch immer dem vom BGB. neu und eigenartig konstruierten Wandelungsanspruch geschenkt. Die Partei der Gegner der Vertragstheorie gewinnt mehr und mehr Anhänger. In Übereinstimmung mit dem RG. vertritt auch Biermann (Ziff. 1a zu § 462) die Ansicht, daß im Falle beiderseitiger Leistung die Klage des wandelungsberechtigten Käufers unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache geht. Besonders hervorgehoben seien auch die Winterschen Ausführungen über das Recht zur Wandelung bei Sukzessivlieferungsverträgen (Ziff. 4 zu § 462). Zur Lehre von der Viehgewährschaft liegen in diesem Berichtsjahr eingehende Autoreferate von Stölzle über die 3. Auflage seines Viehkaufs und von Krückmann über seine Arbeit: Anfechtung, Wandelung, Schadensersatz beim Viehkauf vor. — Über die reichsgerichtliche Judikatur zu diesem Titel sei nur bemerkt, daß das RG. in der Frage, ob § 326 beim Abnahmeverzug des Käufers anwendbar, sowie in dem Streite über Wandelung und Rücktritt beim Sukzessivlieferungsgeschäft trotz der den entgegengesetzten Standpunkt vertretenden Ausführungen der Theoretiker an seiner einmal ausgesprochenen Ansicht festhält. Auch hinsichtlich der Frage, wann eine Zusicherung anzunehmen ist, halten sich die Entscheidungen des RG. in den alten Bahnen. Wichtig sind die Entscheidungen des RG. über den Begriff des arglistigen Verschweigens (Ziff. 1 zu § 476). Schon das Bewußtsein des Verkäufers, daß die Kenntnis des verschwiegenen Fehlers der Kaufsache für den Entschluß des Käufers von Entscheidung sein würde, genügt zur Annahme der Arglist.

Literatur: Hohenstein, Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers, AbürgR. 25 68. — Derselbe: Der § 326 und der Abnahmeverzug des Käufers, Gruchots Beitr. 48 711 (s. auch zu §§ 459 ff.).

§ 433. I. Allgemeines.

1. *Dietrich, Handgeschäfte, Gruchots Beitr. **48** 219 f.: Die Handgeschäfte (Handschenkung, Handkauf, Realwerkvertrag usw.) sind besonders geartete obligatorische Verträge, bei denen — bei den zweiseitigen Verträgen auf einer oder auf beiden Seiten — eine Verpflichtung zur Leistung der Schenksache, Kaufsache usw. zwar nicht entsteht, wohl aber sonstige sog. Nebenverpflichtungen in Frage kommen. Daraus folgt, daß die Einwendung eines Handgeschäfts ein Klageleugnen ist und dem aus dem rein-obligatorischen Geschäfte Klagenden die Beweislast auferlegt.

2. *Pfleghart, AbürgR. **24** 316: Da die physikalische Beschaffenheit der elektrischen Energie ihrer Unterstellung unter die Sätze des Eigentumsrechts kein Hindernis bereitet (s. unten zu § 903), so steht der Auffassung des zwischen einem Elektrizitätswerk und einer Gemeinde abgeschlossenen, auf die Lieferung solcher Ware gerichteten Rechtsgeschäfts als Kaufvertrag namentlich dann nichts im Wege, wenn der Abnehmerin die Art und Weise der Benutzung der zu liefernden Energie völlig freigestellt, auf die Ausübung einer Kontrolle darüber seitens des Lieferanten somit verzichtet wird. (S. unten Ziff. 1a bei § 535.)

3. *Pohl a. a. O. 17 ff. (vgl. oben Ziff. 3 zu § 326 u. Ziff. 3 zu § 414): Als perfekter Kaufvertrag ist auch anzusehen der sog. Bierlieferungsvertrag und nicht als Vorvertrag später abzuschließender Kaufverträge. Und zwar handelt es sich hier um einen Kaufvertrag mit sukzessiver Erfüllung. Denn sofort mit Abschluß des Bierlieferungsvertrags sind die Essentialien eines Kaufvertrags (Ware und Preis) für beide Parteien bindend festgelegt, nicht wird dies später erst bei den einzelnen Bestellungen und Lieferungen erreicht. Diese stellen sich vielmehr dar als aufeinander folgende Teilerfüllungen des schon perfekt vorliegenden Kaufvertrags, der ganz erfüllt ist mit der letzten Bestellung und Lieferung innerhalb der festgelegten Vertragsdauer, oder wenn der Vertrag sonst aus rechtlich erheblichen Gründen sein Ende erreicht hat. A. M. Paech, Der Leistungsverzug 151 Anm. 5.

4. Beweislast (JDR. 2 Ziff. 3). *Rosenberg, AzivPr. 94 83—93, behandelt die Verteilung der Beweislast bei der Klage des Verkäufers auf den angemessenen Kaufpreis. § 433 verlangt die Vereinbarung des Preises. Einen Dispositivsatz des Inhalts, daß mangels einer Abrede der angemessene Preis geschuldet werde, kennt das BGB. nicht. Der Anspruch auf den angemessenen Kaufpreis läßt sich nur auf die stillschweigende Vereinbarung dieses Preises gründen. Diese stillschweigende Vereinbarung, die den Mangel jeder ausdrücklichen Abrede voraussetzt, muß der Verkäufer als Kläger beweisen, wenn der beklagte Käufer die Festsetzung eines niedrigeren Preises behauptet. Dasselbe gilt vom Mietzins (§ 535), Pachtzins, von der Vergütung beim Dienstvertrage (§ 611) und Werkvertrag (§ 631) und vom Maklerlohn (§ 652). Den Kläger trifft namentlich die Beweislast, wenn er für geleistete Arbeiten die angemessene Vergütung verlangt, während der Beklagte die Vereinbarung einer Akkordsumme behauptet. Anders bei der Vereinbarung einer Maximalsumme, die der Beklagte zu beweisen hat. Gibt dagegen das Gesetz selbst den dispositiven Anspruch auf eine angemessene oder die übliche Vergütung, wie in HGB. §§ 59, 88, 420 oder bestimmt das Gesetz noch weiter, was es für angemessen hält, wie in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, in den staatlichen Taxen der GewO. §§ 76, 77, 79, so trifft den Beklagten die Beweislast, wenn er eine von der gesetzlichen Regel abweichende Vereinbarung behauptet.

II. Abs. 1 Satz 1. Übergabeverpflichtung des Verkäufers. *Hohenstein, AbürgR. 25 76 ff.:

a) Abnahme und Ablieferung. Die der Abnahme durch den Käufer auf seiten des Verkäufers entsprechende Handlung ist die Ablieferung. Ablieferung ist die körperliche Aushändigung der Sache, durch welche der Übergang des physischen Vermögens, mit Ausschluß anderer über eine Sache zu verfügen von dem einen Kontrahenten auf den andern vermittelt wird (76). Sie erfordert die beim (Real)angebot erforderliche schuldnerische Erfüllungsbereitschaft. Der Bezeichnung als Realoblation steht nur im Wege, daß der Käufer-Gläubiger nicht zugegen sein muß (78). Sie verhält sich zur Abnahme wie Vorleistung zur Nachleistung (76).

b) Übergabe und Ablieferung. Beide Ausdrücke bezeichnen Handlungen des Verkäufers, die bei der realen Übergabe insoweit identisch sind, als die Tätigkeit des Verkäufers in Frage steht. Ablieferung ist eine einseitige Handlung, Übergabe ein Vertrag (77). Beide können auch zeitig auseinanderfallen, z. B. bei dem Bringkauf des § 447 BGB. Eine Ablieferungspflicht besteht nicht beim constitutum possessorium und der Besitzüberweisung. Diese Übergabesurrogate enthalten den vertraglichen Ausschluß derselben (78).

c) Abnahme- und Annahmeverzug. Abnahmeverzug ist stets schuldhafter Annahmeverzug; doch können die Rechte aus dem gleichzeitigen Gläubiger- und Schuldnerverzug nicht kumulativ geltend gemacht werden (78, 70, 71). Andererseits ist Annahme- ohne Abnahmeverzug möglich (80).

III. Abs. 2. Abnahmepflicht (JDR. 2 Ziff. 4).

1. *Hohenstein, Gruchots Beitr. 48 711 ff.: Die Abnahme ist eine klagbare Pflicht im Sinne des § 241 BGB. (716). Ihre Klagbarkeit ist auch praktisch notwendig. Denn die Wirkungen des Abnahme-Schuldnerverzugs reichen weiter als die Wirkungen des Abnahme-Gläubigerverzugs.

A. Der erste Unterschied äußert sich in der Wirkung auf die Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs.

a) Der Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB. gestattet dem Verkäufer, den erlittenen Schaden zu liquidieren, ohne ihm die Pflicht zur Nachlieferung des Kaufgegenstandes aufzuerlegen.

b) Der Schadensersatzanspruch aus § 304 BGB. enthebt ihn nicht von der Verpflichtung zur Leistung des Gegenstandes, sondern läßt nur die Gefahr übergehen.

B. Der zweite Unterschied äußert sich in dem Umfange des Schadensersatzanspruchs des Verkäufers gegen den Käufer.

a) Der Abnahme-Gläubigerverzug gewährt dem Verkäufer nur Ersatz der Mehraufwendungen für die Aufbewahrung und Erhaltung der Sache.

b) Der Abnahme-Schuldnerverzug schafft einen Anspruch auf jeglichen Schadensersatz (719, 720).

C. Der dritte Unterschied liegt in den verschiedenen Möglichkeiten des Verkäufers, sich der Aufbewahrungspflicht für die gekaufte Sache zu entledigen.

a) Der Abnahme-Gläubigerverzug befreit den Verkäufer nie von der Aufbewahrungspflicht, mindert grundsätzlich die Haftung nur herab. In einigen eng begrenzten Fällen kann jene aufgehoben werden durch Hinterlegung, durch Selbsthilfeverkauf und Hinterlegung des Versteigerungserlöses (717).

b) Die Verurteilung zur Abnahme schafft dagegen ein abnormes Hinterlegungsrecht. Die Abnahme, das körperliche Hinwegschaffen der Sache aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers ist eine vertretbare, nicht allein vom Willen des Käufers abhängende Handlung, die auch von einem Dritten vorgenommen werden kann. Die Zwangsvollstreckung erfolgt daher gemäß § 887 ZPO. Durch die Verurteilung zur Abnahme erhält der Verkäufer das Recht, die Sache durch einen Dritten aus dem Bereiche seiner physischen Einwirkungsmöglichkeit bringen zu lassen und sie dem Dritten zur Verfügung zu stellen (718). Etwaiger Widerstand des Käufers gegen den ihm die Sache bringenden Gerichtsvollzieher kann gemäß § 892 ZPO. gebrochen werden. Der Verkäufer kann beim Käufer hinterlegen trotz des Bewußtseins, daß die Sache nicht gesichert ist, und der Käufer sich vielleicht gar nicht um sie kümmern wird.

Ist die Sache in der physischen Einflußsphäre des Käufers niedergelegt, so erlischt die Aufbewahrungspflicht des Verkäufers (719).

2. *Hohenstein, ABürgR. **25** 72 ff.: a) Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2 ist das „sich den unmittelbaren Besitz Verschaffen durch körperliche Hinwegnahme" seitens des Käufers.

Die Abnahmepflicht erstreckt sich nur auf Mobilien, die Übergabepflicht auch auf Immobilien (72).

b) Die Abnahmepflicht besteht nur bei der körperlichen Übergabe; die Übergabesurrogate durch Besitzüberweisung und constitutum possessorium enthalten den vertraglichen Ausschluß der Abnahmepflicht (72).

c) Abnahme ist beim Holkauf ein Bestandteil des Übergabegeschäfts, dagegen nicht beim Bringkauf (§ 447). Abnahme und Übergabe sind insoweit identisch, als sie bei der realen Übergabe Handlungen des Käufers bezeichnen (73).

3. a) **RG.** JW. **04** 58: Abnahmepflicht des Käufers, d. i. die Pflicht körperlicher Wegschaffung der Sache.

RG. 56 173, **57** 108, JW. **04** 58, 171: Die Klage auf Abnahme hat zur Voraussetzung, daß (auch beim Gattungskaufe) die Ware vom Verkäufer bereits hergestellt oder angeschafft, in diesem Sinne bereits vorhanden und zur Ablieferung bereit sei.

Übereinstimmend mit **RG. 53** 161 ff. (JDR. **1** Ziff. 5 b) erachtet **RG. 57** 108, JW. **04** 171 bei Verzug des Käufers mit der Abnahme allein § 326 nicht für anwendbar, unter Berücksichtigung der Einwendungen von Düringer-Hachenburg (JDR. **2** Ziff. 4 d), vgl. hierüber vor allem oben Ziff. 2 zu § 326.

b) OLG. Breslau, R. **04** 45, Puchelts Z. **35** 427: Die Abnahmepflicht des Käufers tritt im Falle vertragsmäßiger Übernahme der Zusendung durch den Verkäufer erst mit der Ankunft des Kaufgegenstandes im Anlieferungsorte ein.

IV. Einzelne Fälle aus der Praxis.

1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1015: Die Ablieferung der Ware steht nicht der Ankunft der Ware gleich. Ablieferung ist ein zweiseitiger Akt, der ein Zusammenwirken des Abliefernden und des Empfängers bedingt (vgl. **RG. 52** 399), Ankunft dagegen ist eine einfache Tatsache, nämlich das Eintreffen der Ware am Bestimmungsorte.

RG. 57 402, JW. **04** 286 ff.: Beim Gattungskaufe hat der Verkäufer trotz des Abnahmeverzugs des Käufers gemäß § 279 sein durch Zufall verursachtes Unvermögen zur Leistung selbst zu vertreten, wenn nicht die Voraussetzungen des Gefahrüberganges nach § 300 Abs. 2 gegeben sind (287).

RG. 57 400, JW. **04** 237 hält für die Festsetzung des Streitgegenstandes die Abnahmepflicht nur für eine nebensächliche Verpflichtung und schätzt das Interesse.

RG. 56 138: In Fällen, in denen es sich um einen einheitlichen Erfüllungsort für das Vertragsverhältnis handelt, ist auch für die regelmäßig minder bedeutsame Abnahmepflicht der für die Zahlungsverbindlichkeit bestehende Erfüllungsort maßgebend.

2. OLG. **9** 32 (Hamburg): Das Abonnement auf eine Zeitschrift ist ein Kaufgeschäft. Die Lieferung im Abonnement eine einheitliche Leistung, bei der die einzelnen Nummern als Teile einer Gesamtleistung zusammengehören. Wandelungsrecht daher, wenn sich der Inhalt einer Nummer zum beabsichtigten Gebrauch untauglich erweist, hinsichtlich des ganzen Geschäfts gegeben (33).

§ 434. a) OLG. 8 58 (Stuttgart): Die auf dem Gesetz beruhende Befugnis der Polizeibehörde, die Beseitigung einer baulichen Anlage zu verlangen, ist kein „Recht", d. h. keine auf besonderem Titel beruhende, die an sich im Eigentum liegenden Befugnisse einschränkende Berechtigung. Dagegen ist § 434 analog anzuwenden (59).

OLG. 8 61 ff. (Stettin): Unter den im § 434 bezeichneten „Rechten" sind alle Rechte — mögen sie Rechte Dritter oder Rechte des Verkäufers oder des Käufers sein — zu verstehen, die trotz der Übertragung des Eigentums bestehen bleiben. Der § 434 setzt nicht voraus, daß die Rechte Dritter schon wirklich gegen den Käufer bei der Veräußerung zustehen; er bezieht sich auf alle Rechte, bei denen wegen ihres Fortbestehens die Möglichkeit vorliegt, daß sie einmal gegen den Käufer geltend gemacht werden können (62).

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 159: Wenn bei einem Kaufvertrag über ein Patent die teilweise Mitübertragung einer Forderung wesentlicher Bestandteil desselben ist und diese Forderung nicht existiert, so hat der Verkäufer für die Existenz der Forderung einzustehen (vgl. Planck II 229).

c) Darüber, wann auf einem verkauften Handelsvermögen eine Last haftet und dieser Umstand als ein Mangel im Rechte des Verkäufers angesehen werden kann, handelt OLG. Stuttgart, WürttZ. **15** 295 ff.

§ 436. OLG. 8 60 (Stettin): Renten aus § 24 des preuß. Ges. vom 14. 7. 93 fallen nicht unter § 436.

§ 437. 1. *Conrades, R. **04** 525: Der Verkäufer eines Theater- (Konzert- ꝛc.) Billets haftet nicht bei Abänderung (Ausfall) der Vorstellung, sondern überträgt nur seine Rechte gegen die Theaterleitung (Veranstalter). Diese haftet Abonnenten nicht für Abänderung des Programmes (soweit unvermeidlich), wohl aber dem Käufer eines Tageskassenbillets. Dieser muß, wenn er Rück-

zahlung verlangt, das Billet der Kasse vor der für den Beginn der Vorstellung festgesetzten Zeit zurückgeben.

2. Zeitpunkt, welcher für die Haftung für den Bestand des Rechtes maßgebend ist.

*Düringer-Hachenburg III 34 wenden sich gegen Oertmann § 437 Anm. 1, der das Prinzip aufstellt, daß nur für den Bestand des Rechtes „zur Zeit des Kaufabschlusses" gehaftet werde, weil auch zukünftige Rechte, insbesondere solche, „welche erst begründet werden sollen", Kaufgegenstand sein können. Näheres a. a. O. 34/35. Über den Umfang der Haftung s. a. a. O. 37 ff.

3. **RG. 56** 253: Die Haftung aus § 437 bezieht sich auf solche Nebenrechte, die als mit dem verkauften Rechte verbunden bezeichnet werden, z. B. Pfandrecht (s. Ziff. 2 zu § 439).

§ 439. 1. Abs. 1. Über die Kenntnis des Käufers eines Grundstücks von einer darauf ruhenden Dienstbarkeit handelt OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **35** 61.

2. Abs. 2. **RG. 57** 1, JW. **04** 141, DJZ. **04** 405: Auch der Käufer des Inventars eines Grundstücks kann Befreiung von den darauf lastenden Hypotheken verlangen, da nach Zweck und Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift nicht anzunehmen ist, daß die unbedingte „Vertretbarkeit der Hypotheken" auf den Fall der Veräußerung des Grundstücks selbst zu beschränken sei (407).

§§ 440, 441. Krahmer, Gegenseitige Verträge 105: Es soll in den §§ 440 Abs. 2—4, 441 keine selbständige neue Schadensersatzhaftung an einen an dieser Stelle erschöpfend neugeordneten Tatbestand angeknüpft werden, sondern es soll der in den allgemeinen Vorschriften gegebene Schadensersatzanspruch außer von seinen in der allgemeinen Regelung enthaltenen Voraussetzungen auch noch davon abhängig gemacht werden, daß die Eviktion bereits erfolgt ist. Da aber in der allgemeinen Regelung von einem Schadensersatzanspruche nur die Rede ist im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit (§ 325) und des Verzugs (§ 326), so ist mithin zum Tatbestand der Sondervorschriften der §§ 440 Abs. 2—4, 441 erforderlich, daß dem Verkäufer die Erfüllung unmöglich ist, oder daß er im Verzug ist. Bei der bloßen Nichterfüllung kommen diese Sonderbestimmungen noch gar nicht in Betracht. — Weitere theoretische Ausführungen über Mängel im Recht s. bei Krahmer a. a. O. 98 ff.

§ 445. *Altvater, AzivPr. **95** 400: Diese Bestimmung findet Anwendung auf die Zession der Rechte aus einem gegenseitigen Vertrage gegen gleichzeitige Übernahme der aus dem Vertrage sich ergebenden Verbindlichkeiten.

§ 446. 1. OLG. Königsberg, PosMschr. **04** 70, SeuffA. **59** 350: Last im Sinne des § 446 ist eine auf der Sache ruhende Verpflichtung. Keine Last ist daher die an eine private Versicherungsanstalt für ein Grundstück zu zahlende Feuerversicherungsprämie; anders liegt es hinsichtlich der an öffentliche Versicherungsanstalten zu zahlenden Feuerkassenbeiträge.

2. **RG.** JW. **04** 406: Vorbehaltlose Übernahme der noch nicht aufgelassenen und vorbehaltlos entgegengenommenen Auflassung des noch nicht übergebenen Grundstücks kann einen Verzicht auf die Gewährleistungsansprüche gemäß § 464 bedeuten.

§ 447. *Rosenberg, AzivPr. **94** 135: Das Verlangen, die verkaufte Sache nach einem anderen Orte zu senden, und die besondere Anweisung des Abs. 2 hat der Käufer insbesondere auch dann zu beweisen, wenn er als Beklagter mit der Einrede des nichterfüllten Vertrags deswegen selbständige Ansprüche erhebt.

§ 448. KG., PucheltsZ. **35** 304: Diese Bestimmung ist dispositiver Natur.

§ 449. OLG. **9** 31 ff. (KG.): „Kosten" sind Gebühren und Auslagen, welche durch den Veräußerungsakt selbst veranlaßt werden, mithin fällt die Umsatzsteuer, die von der durch diesen Akt herbeigeführten Eigentumsveränderung erhoben wird, nicht unter § 449. (A. M. Crome, System 423; Dernburg, BGB. II 18.)

§ 452. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 101: Jede Partei — Kläger oder Beklagter — muß die Behauptung, die Zinsen sollten von einem früheren oder späteren Zeitpunkte gezahlt werden, beweisen.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 593 ff.: Wenn bei einem Hauskauf über Kammern und einen Schweinestall zwar verhandelt worden ist, diese Verabredungen aber nicht zu den Kaufbedingungen gemacht worden sind, so kann von irgendwelchen Zusicherungen bezüglich der Kammern nicht die Rede sein. Hinsichtlich der Erfordernisse einer Zusicherung werden die in **RG. 54** 219 niedergelegten Grundsätze wiederholt (595/596; vgl. JDR. **2** Ziff. III 2a zu § 459 BGB.).

§ 455. 1. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte. (JDR. **2** zu § 455.)

OLG. Kolmar 11. 2. 04, Puchelts Z. **35** 154, OLG. **8** 445: Beim Verkaufe beweglicher Sachen unter Eigentumsvorbehalt geht schon mit deren Übergabe die Gefahr auf den Käufer über.

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 119: Der Verkäufer muß stets den Eigentumsvorbehalt beweisen, insbesondere auch dann, wenn er Beklagter ist.

3. OLG. **8** 63 (Stuttgart): Eigentumsvorbehalt an einem verkauften „Geschäft" bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufpreises ist unzulässig, weil ein Geschäft als Ganzes nicht Gegenstand des Eigentums sein kann (64).

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Literatur: Biermann, Klage des wandelungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des BGB., AzivPr. **95** 318—337. — Hirsch, Über Anfechtbarkeit eines Viehkaufs wegen Irrtums auf Grund heimlicher Mängel, WürttZ. **16** 135—139. — Krückmann, Anfechtung, Wandelung, Schadensersatz beim Viehkauf. Neudamm 1904. — Müller, Vollzug der Wandelung und Preisminderung, SeuffBl. **69** 45—58. — Oertmann, Zur Lehre von der Wandelung, R. **04** 4—6, 29—32. — Stölzle, Viehkauf (Viehgewährschaft) nach dem BGB. (3). Berlin 1904. — Winter, Über das Recht zur Wandelung oder zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen, Gruchots Beitr. **48** 193—205. — Wolff, Über den Umfang des Wandelungsanspruchs, Gruchots Beitr. **48** 503—510.

§§ 459 ff. 1. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den §§ 320 ff. und zu den §§ 823 ff. (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu §§ 459 ff.).

a) *Düringer-Hachenburg III 156 ff.: Kein Schadensersatzanspruch neben den Gewährleistungsansprüchen, es sei denn, daß dem Gewährleistungsanspruch und dem Schadensersatzanspruch verschiedene Tatbestände zugrunde liegen, oder daß der Tatbestand, auf welchen sich der Gewährleistungsanspruch stützt, zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt. Vgl. Staub, JDR. **1** I 344 und JDR. **2** Ziff. 4a zu §§ 459 ff.

b) *Düringer-Hachenburg III 140: Neben den Gewährleistungsansprüchen können nicht auch die Vorschriften der §§ 320 ff. Anwendung finden. (Ebenso Titze, JDR. **2** Ziff. 1 b zu §§ 459 ff.) Eine Ausnahme tritt nur ein beim Distanzkauf, wenn hier zwar durch Aufgabe der Ware zum Transport die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist, aber der Käufer die übersandte Ware nicht annimmt und durch diese Nichtannahme den Verkäufer in Lieferungsverzug bringt (auch 81 ff.); (vgl. auch JDR. **1** Ziff. 2 zu § 459).

2. Sukzessivlieferungsgeschäft. (JDR. **2** Ziff. 2 zu §§ 459 ff. und oben Ziff. 3 zu § 326.)

RG. II 23. 2. 04, **57** 114 ff., **JW. 04** 171 ff. hält seine bereits 6. 3. 03, **54** 98 ausgesprochene, die Dernburgsche Ansicht über den Rücktritt bei Sukzessivlieferungen verwerfende Auffassung aufrecht (vgl. näheres oben Ziff. 4e zu § 326).

3. **RG. 56** 47 ff.: Ein Minderungsanspruch aus den §§ 459, 462 kann nicht aus angeblichen formlosen, in dem notariellen Kaufvertrag nicht enthaltenen Zusicherungen erhoben werden. (Ebenso **RG. 52** 1.) Das schließt aber nicht einen selbständigen Schadensersatzanspruch wegen Betrugs nach §§ 823, 826 aus. Es kann jedoch nicht auf Erfüllung eines an sich nichtigen Vertrags bloß zu dem Zwecke geklagt werden, um darauf — nämlich den zu hohen Kaufpreis — eine Entschädigungsforderung stützen zu können (51/52). Vgl. o. Ziff. 3 d α zu § 249.

§ 459. I. Abs. 1.

1. *Düringer-Hachenburg III 81 ff., 124, 140: Lieferung mangelhafter Ware ist, wenn der Käufer die Ware sofort zurückweist, Nichterfüllung des Vertrags und begründet die Verzugsfolgen. Erst wenn der Käufer die Ware insoweit angenommen hat, daß die Gefahr derselben auf ihn übergegangen ist, können die Gewährleistungsgrundsätze Platz greifen (vgl. auch **RG. JW. 05** 230).

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 101, 131: Daraus, daß der Verkäufer in der Regel nur für die gewöhnlichen Eigenschaften der Sache haftet, für andere aber nur, wenn sie nach dem Vertrage besonders vorausgesetzt oder zugesichert sind, folgt, daß der Käufer stets, insbesondere auch als Beklagter, die Voraussetzungen dieser weitergehenden Haftung des Verkäufers beweisen muß. Andererseits muß der Verkäufer Erleichterungen seiner Haftung dartun.

Übereinstimmend mit **RG.** JDR. **2** Ziff. III 2a: OLG. **9** 2 (Frankfurt).

3. Zusicherung (JDR. **2** Ziff. III 2).

a) **RG.** R. **04** 602: Zusicherung bestimmter Mieterträge ist als Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache anzusehen (vgl. JDR. **1** Ziff. 6 zu § 459).

b) **RG. 56** 253, JW. **04** 109: Zugesicherte Nebenrechte sind nicht als Eigenschaften zu beurteilen, sondern gehören zu dem vom Verkäufer gemäß § 437 zu gewährleistenden Rechtsbestande.

II. Abs. 2.

1. Römer, DJZ. **04** 591 ff.: Neben der Haftung für Mängel und unabhängig von ihr hat der Verkäufer dafür einzustehen, daß die Kaufsache auch die zugesicherten Eigenschaften hat. — Auch wenn die zugesicherte Eigenschaft nur ein Affektionsinteresse des Käufers befriedigen soll, besteht die Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

2. Köttgen, R. **04** 566 ff., führt aus, daß eine Eideszuschiebung über eine „Zusicherung" beim Kauf grundsätzlich dann nicht zulässig ist, wenn durch den Eid nicht nur die Tatsache der Erklärung des Verkäufers, sondern auch die rechtsgeschäftlich verpflichtende Natur dieser Erklärung festgestellt werden soll, denn die Feststellung des Verpflichtungswillens einer Partei durch den Eid des Gegners ist nicht angängig, weil sie von dem Eidespflichtigen ein Rechtsurteil verlangen würde.

3. Eigenschaft der Sache.

a) OLG. **8** 66 (Dresden): Unter den Begriff der Eigenschaften sind nur solche tatsächlichen Zustände zu bringen, welche in bezug auf die Sache dauernd bestehen und ihr hierdurch bleibend eine besondere Eigenschaft verleihen.

b) LG. Stendal, NaumbAK. **04** 11 ff.: Bei Waren, die aus Mengen verschiedener Qualität zusammengesetzt, aber zu einem Einheits- oder Durchschnittspreise verkauft sind, kann das Verhältnis der mehr oder minder guten oder höher und niedriger bewerteten Quantitäten zueinander als Eigenschaft der Ware angesehen werden.

4. a) **RG.** SeuffA. **59** 392: Wenn bei einem neu erfundenen, noch nicht erprobten Fabrikat mehrjährige Haltbarkeit zugesagt worden ist, so kann nicht angenommen werden, daß der Käufer die Abnahme von dem Nachweise der erst in Zukunft zu erweisenden Tatsache solle abhängig machen dürfen.

b) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 326: Beim Verkauf von „Weizen zur Saat" ist die Keimfähigkeit als zugesicherte Eigenschaft anzusehen.

§ 461. *Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf 32: Der Verkäufer kann sehr wohl die Gewährleistung übernehmen und der Käufer kann ihn dabei festhalten, ohne daß aber der Fremdverkauf deshalb aufgelöst werden mußte. Der Verkäufer haftet, als hätte er selber verkauft, andere beteiligte Personen, insbesondere der gepfändete Schuldner, werden garnicht hineingezogen, die einmal mit Auszahlung des Kaufpreises bewirkte Schuldtilgung bleibt bestehen, es tritt nur ein Gewährschaftsverhältnis zwischen Käufer und Pfandgläubiger, betreibendem Gläubiger usw. ein. Die Sache liegt ähnlich wie bei einer Bürgschaft. Damit werden alle Bedenken derer ausgeräumt, die die Übernahme der Gewährleistung beim Fremdverkauf nicht anerkennen wollten, weil sie eine Rückwirkung auf andere Rechtsverhältnisse und andere Personen befürchten.

§ 462. 1. Rechtliche Natur des Wandelungsanspruchs (JDR. 2 Ziff. 1 u. unten Ziff. 1 zu § 465).

a) Biermann a. a. O. 315 ff. untersucht, welche Auslegung des § 462 den wahren Willen des Gesetzgebers darstellt. Er ist ein Gegner der Vertragstheorie, der neben dem Anspruch auf unmittelbare Rückgewähr einen Anspruch auf Abschluß eines Aufhebungsvertrags wegen seiner Zwecklosigkeit nicht als vom Gesetze gewollt anerkennt. Er führt aus: Im Falle beiderseitiger Leistung geht die Klage des wandelungsberechtigten Käufers unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache (317). Er erblickt einen Beweisgrund gegen die Annahme, daß die Vollziehung der Wandelung nur in der im § 465 bezeichneten Weise bewirkt werden könne, im § 466 und hält auch den § 478 mit der Vertragstheorie unvereinbar (326/7). Die Verbindung der Klage auf Vertragsabschluß mit der auf Erfüllung der aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtung sei unlogisch und unmöglich, weil der Anspruch auf Rückgewähr erst aus dem Wandelungsvertrag entstehe und dieser Vertrag deshalb abgeschlossen sein müsse, um aus demselben eine Klage auf Rückgewähr zu begründen (332).

b) Oertmann, R. **04** 29 ff.: Der Anspruch auf Wandelung ist nicht schon ein solcher auf Rückgewähr, es bliebe für ihn sonst kein Raum in allen den Fällen, wenn der Käufer den Preis noch nicht gezahlt hat, ihn also auch nicht zurückverlangen kann; und doch läßt das Gesetzbuch jenen ohne Rücksicht auf vorgängige Zahlung nicht nur entstehen, sondern selbst der Verjährung ausgesetzt sein (§ 477).

Oertmann, R. **04** 4 ff.: Die Entstehung der Rückgabepflicht des Kaufpreises hängt auch vor Vollziehung der Wandelung in keiner Weise mehr vom freien Willen des Verkäufers ab; er ist vielmehr verpflichtet, sie durch ungesäumtes Eingehen auf das Wandelungsbegehren des Käufers herbeizuführen.

Oertmann, R. **04** 29 ff.: Indem der Käufer die rechtskräftige Abmachung des Kaufpreisanspruchs durchsetzte, hat er auf Grund des ihm zustehenden Wandelungsrechts auf Kosten des Gegners einen unentziehbaren Vermögensanteil praktisch erzielt. Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er nunmehr seine bisher nicht angenommene Wandelungsofferte noch widerrufen wollte.

c) **RG.** JW. **04** 552: Auch wenn man der Vertragstheorie folgt, genügt es, wenn der Leistungsanspruch allein erhoben wird, eines ausdrücklichen Antrags auf Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung in die Wandelung bedarf es

nicht, da dieser Anspruch von selbst in dem anderen mit begriffen ist. (So Goldmann-Lilienthal I 499.)

OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 52: Der Anspruch des Käufers auf Wandelung kann auch außergerichtlich von dem Verkäufer erfüllt werden; diese freiwillige Erfüllung setzt ein vertragsmäßiges Zusammenwirken der Parteien voraus. Mit der Erklärung des Einverständnisses ist die Wandelung vollzogen. In dem Verlangen auf Wandelung liegt zugleich ein Vertragsantrag auf Vollziehung der Wandelung. Auf ihn finden die §§ 145, 147—149 Anwendung.

2. *Hohenstein, AbürgR. **25** 83, Einredeweise Geltendmachung des Wandelungsanspruchs: Notwendige Voraussetzung des Wandelungsanspruchs ist der Gefahrübergang, nicht die vollzogene Übergabe. Die Abnahmeweigerung hindert die Übergabe, nicht aber den Gefahrübergang. Daher kann der Klage auf Abnahme gegenüber der Wandelungsanspruch einredeweise durch Abnahmeweigerung geltend gemacht werden.

3. Oertmann, R. **04** 4 ff.: Mit Minderung ist nur der rechnerische Vorgang einer entsprechenden Preisreduktion, nicht der tatsächliche einer anteilmäßigen Rückzahlung des Preises gemeint.

4. *Winter, Gruchots Beitr. **48** 193ff., bespricht das Recht zur Wandelung oder zum Rücktritte bei Sukzessivlieferungsverträgen. Von einander widersprechenden oberlandesgerichtlichen Entscheidungen ausgehend kommt er zu dem Schlusse, daß eine „Wandelung" i. S. des § 462 (Rückgängigmachen eines Kaufvertrags durch einen ihn aufhebenden Vertrag) hinsichtlich der noch ausstehenden Teillieferungen nur in solchen Fällen, wo die Sachen „als zusammengehörend" (§ 469 Satz 2) verkauft sind, zulässig, sonst aber ausgeschlossen ist. Der Käufer hat aber ein gesetzliches Rücktrittsrecht, und zwar entweder aus § 325 oder, wenn ein Verzug des Lieferanten vorliegt oder wenn es sich um positive Vertragsverletzungen (vgl. **RG. 54** 98ff.) handelt, aus § 326. Winter empfiehlt, daß der Käufer, nachdem er die Mängel der empfangenen Lieferungen gerügt hat und bevor er den Rücktritt vom Vertrage bezüglich der weiteren noch ausstehenden Lieferungen erklärt, vom Verkäufer eine bündige Erklärung darüber fordert, ob die späteren Lieferungen ohne Mängel sein, also vertragsmäßig ausfallen werden.

5. Recht des Verkäufers auf Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache? (vgl. IDR. **1** Ziff. 1).

OLG. **8** 65 (KG.): Aus den §§ 157, 226, 242 ist zu folgern, daß es in besonders gearteten Fällen gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinem rechtlichen Interesse vollständig genügende Nachbesserung ablehnt und auf den Gewährleistungsklagen besteht.

OLG. **9** 285ff. (Frankfurt): Jedenfalls ist es Sache des Verkäufers, die ausnahmsweisen Umstände zu behaupten und darzutun, die den Käufer zur Duldung und Nachbesserung verpflichtet erscheinen lassen (287).

Gegen ein Recht auf Nachbesserung: Staub, HGB. § 377 Anm. 43; Eccius, Gruchots Beitr. **43** 316.

RG. IW. **04** 199, ElsLothNotZ. **29** 641: Wenn auch das BGB. von einem Rechte des Verkäufers auf Nachbesserung nicht spricht, so kann es doch in besonders gearteten Fällen dem Verkäufer nicht entzogen sein, durch Beseitigung des Mangels die Gewährleistungsansprüche des Käufers auszuschließen und es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinem rechtlichen Interesse vollständig genügende Nachbesserung ablehnte (vgl. Ziff. 3 b ζ zu § 242).

6. a) KG. IW. **04** 290: Der Gebrauch des Kaufgegenstandes enthält unter Umständen keinen Verzicht auf die Wandelung.

OLG. Marienwerder, R. **04** 314: Wer eine gekaufte Sache als nicht vertragsmäßig zurückweist und sie dem Verkäufer zur Verfügung stellt, gleichwohl aber im Widerspruche damit über die gelieferte Sache in einer Weise verfügt, die mit der Absicht, die Sache zurückzugeben, unverträglich ist, muß als ein solcher behandelt werden, welcher die Zurverfügungstellung zurückgenommen und die Sache trotz ihrer Mängel genehmigt hat.

b) **RG.** RheinArch. **100** Abt. II 94 ff.: Ist die Zusicherung nicht von allen Verkäufern gemacht, so brauchen sich die anderen Verkäufer, welche nicht zugesichert haben, die Wandelung nicht gefallen zu lassen.

7. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 394 ff., OLG. **8** 447: Beim Kauf einer Wareneinheit kann der Käufer die Wandelung nicht auf die von ihm als nicht vertragsmäßig erachteten Bestandteile der Lieferung beschränken und das übrige als Vertragserfüllung annehmen (395). — Ist dagegen nicht ein einheitliches Leistungsobjekt als vorliegend zu erachten, so ist es zulässig, daß der Käufer den mangelhaften Teil rügt, es ist auch Zurückweisung der ganzen Leistung dem Käufer in diesem Falle gestattet, wenn er ein besonderes Interesse, nur das Ganze anzunehmen oder zu haben, nachweisen kann. OLG. Königsberg, SeuffA. **59** 269.

OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **51** 57 ff.: Der Käufer kann bei Lieferung mangelhafter Ware seinen Klagantrag wahlweise auf Erfüllung oder auf Wandelung stellen (58/59). Unrichtig ist es, wenn der Käufer, der auf Grund des § 462 Rückgängigmachung des Kaufes begehrt, den Antrag auf Widerabnahme der gekauften Ware stellt. Der Verkäufer hat vielmehr dem Käufer den Kaufpreis zurückzugewähren gegen Zurückgabe der Kaufsache (58).

§§ 462, 463. Krahmer, Gegenseitige Verträge 114 ff.: Soweit in der Leistung der mangelhaften Sache Nichterfüllung liegt — d. h. soweit besonders zugesicherte oder nach dem Vertrage vorausgesetzte Eigenschaften fehlen —, ist in idealer Konkurrenz mit den ädilizischen Ansprüchen die exceptio non adimpleti contractus gegeben, da insoweit ihr Tatbestand vorliegt. Soweit dagegen der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche fehlt, konkurriert die exceptio non adimpleti contractus nicht mehr mit. Praktisch allerdings trete, soweit der Wandelungsanspruch gegeben ist, die exceptio non adimpleti contractus kaum in die Erscheinung. (115.)

§ 463. Annahmeverzug bei Qualitätsmängeln.

*Hohenstein, AbürgR. **25** 82 f.: Durch die Lieferung einer fehlerhaften Sache gerät der Verkäufer nicht in Leistungsverzug, wenn die in obligatione befindliche species geliefert wird, und die Fehlerhaftigkeit nicht auf einem nachträglich schuldhaften Verhalten des Verkäufers beruht. Ausnahmen §§ 463 und 480 BGB.

§ 464. 1. *Hohenstein, AbürgR. **25** 80 ff.: Die vollzogene Abnahme enthält eine Annahme als Erfüllung. Dies bewirkt eine nur formale Rechtsänderung, einen Übergang der Beweislast, kein Erlöschen des Schuldverhältnisses (80). Dagegen liegt in der vorbehaltlosen Abnahme der Kaufsache trotz Kenntnis etwaiger Mängel ein Verzicht auf die Geltendmachung redhibitorischer Rechtsmittel und des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung (81).

2. **RG. 58** 261 ff., JW. **04** 406: Der Vorbehalt der Gewährleistungsansprüche nach § 464 muß nicht notwendig bei der Annahme der als fehlerhaft erkannten Kaufsache erfolgen (262). Ein solcher Vorbehalt kann vielmehr auch schon vorher erfolgen, nur muß er bei der Annahme erkennbar aufrecht erhalten werden. — Bei Grundstückskäufen hat nicht allemal nur die Auflassung als Annahme im Sinne des § 464 zu gelten (263).

§ 465. Rechtliche Natur der Wandelung. (JDR. **2** Ziff. 1, im übrigen oben Ziff. 1 zu § 462.)

a) *Gustav Müller, SeuffBl. **69** 45 ff.: Zum Vollzuge von Wandelung und Minderung ist ein Vertrag nicht erforderlich. Erklärt der Verkäufer sich mit dem Verlangen des Käufers nach Wandelung oder Minderung einverstanden, so ist dies nur eine, nicht aber die einzige Art des Vollzugs von Wandelung und Minderung. Wandelung und Minderung werden vielmehr regelmäßig vollzogen durch das außergerichtliche oder klage- oder einredeweise Verlangen auf Leistung dessen, was den Inhalt der den Ansprüchen aus Wandelung oder Minderung entsprechenden Verpflichtungen ausmacht, und erfolgt der Vollzug nicht dadurch, daß im Falle Weigerung des Verkäufers dieser erst dazu verurteilt werden muß, in die Rückgängigmachung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises zu willigen.

b) Krahmer, Gegenseitige Verträge 115, ist der Ansicht, daß der Bestimmung kein anderer Sinn innewohnt, als vom Zeitpunkte des Einverständnisses des anderen Teiles ab das jus variandi des ädilizisch Berechtigten zu kassieren.

c) *Düringer-Hachenburg III 137 ff.: § 465 soll zum Ausdrucke bringen, daß mit dem auf Verlangen des Käufers erklärten Einverständnisse feststeht, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis gemindert sei. Das Einverständnis des Verkäufers und Käufers über Wandelung oder Minderung kann die selbständige Grundlage der sich daraus ergebenden Pflichten bilden. Keineswegs bestimmt aber § 465, daß nur auf Grund eines freiwilligen oder erzwungenen Einverständnisses die Wandelung realisiert werden könne. Vielmehr ist die Wandelung jedenfalls auch dann „vollzogen", wenn wegen mangelnden Einverständnisses von dem Richter auf Wandelung rechtskräftig erkannt ist (139).

§ 467. 1. Wandelungsklage, wenn das gekaufte Grundstück bereits zwangsversteigert ist. (Vgl. **RG.** JDR. **2** Ziff. 3a und Schroeder Ziff. 2, sowie oben Ziff. 1 u. 2 zu § 351.)

RG. V 9. 12. 03, **56** 267, JW. **04** 55 und V 13. 1. 04, **56** 258, DJZ. **04** 266: Will Käufer wandeln, ohne die ihm verkaufte Sache zurückzugeben, so hat er die seine Befreiung von der Rückgabepflicht begründenden Tatsachen zu beweisen, also vor Eintritt eines Verzugs des Verkäufers solche Tatsachen, die ergeben, daß er überhaupt keine Schuld trage, nach Eintritt eines solchen Verzugs, daß die Unmöglichkeit der Rückgabe weder durch Vorsatz noch grobes Versehen von seiner Seite veranlaßt sei. § 254 Abs. 1 kann auf den Wandelungsanspruch Anwendung finden.

OLG. Kolmar, R. **04** 45: Aus dem Zusammenhange der §§ 467, 351 ergibt sich, daß das Wandelungsrecht des Käufers dann verwirkt ist, wenn die wesentliche Verschlechterung der Ware eingetreten ist, bevor er die Wandelung erklärt hat, durch nachträgliche Verschlechterung wird der Wandelungsanspruch selbst dann nicht aufgehoben, wenn sie vom Käufer verschuldet ist, dagegen kann sie einen Schadensersatzanspruch aus § 347 begründen.

2. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 280: Die Gebühren des vom Käufer mit der Vermittelung des Kaufgeschäfts beauftragten Maklers gehören regelmäßig zu den Vertragskosten im Sinne des Satz 2 § 467.

3. Über den Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen aus der Wandelung handelt **RG. 57** 12, o. Ziff. 5c zu § 269. Vgl. auch JDR. **2** Ziff. 3c.

§ 468. **RG.** ZBlFrG. **5** 182: Diese Bestimmung stellt keine Vermutung oder Auslegungsregel zugunsten der Annahme einer Zusicherung auf. Sie überläßt der Auslegung des Vertragswillens die Frage, welche Bedeutung bei dem Verkauf eines Grundstücks die Angabe einer bestimmten Größe derselben hat.

§ 469. Über Wandelung wegen mangelhafter Teilsendung handelt OLG. 8 71 (Marienwerder) und beim Abonnement einer Zeitung oben Ziff. IV 2 zu § 433. Vgl. ferner SeuffA. **59** 269 u. 394, oben Ziff. 7 zu § 462.

§ 476. 1. Begriff des arglistigen Verschweigens. (JDR. **2** zu § 476.)

a) Über den Begriff des arglistigen Verschweigens sagt das **RG.** 13. 1. 04, Gruchots Beitr. **48** 593 ff., JW. **04** 113: Die Absicht durch Verschweigen zu betrügen, erschöpft nicht den Begriff des arglistigen Verschweigens. Verschweigt der Verkäufer Umstände, aus denen sich das Vorhandensein eines Fehlers der Sache ohne weiteres ergibt, so ist das Verschweigen schon dann arglistig, wenn der Verkäufer sich bewußt ist, daß die Kenntnis des Fehlers auf den Entschluß des Käufers, zu kaufen oder zu anderen als den vereinbarten Bedingungen zu kaufen, von bestimmendem Einflusse sein werde (597).

b) **RG.** JW. **04** 359, SeuffA. **59** 352 ff., DJZ. **04** 650 ff.: Auch die bloße Schwammverdächtigkeit eines Gebäudes ist nach der Verkehrsanschauung ein den Wert desselben mindernder Mangel. — Der Verkäufer haftet aus § 476 nicht beim bloßen „Wissenmüssen", sondern nur, wenn er sich des Mangels und seiner verkehrsüblichen Erheblichkeit und seiner Erheblichkeit auch für den Käufer bewußt ist. Nur das absichtliche Verschweigen ist arglistig. Hiermit steht im Einklange **RG. 55** 210 ff. und **RG.** Gruchots Beitr. **47** 925 ff. (s. JDR. **2** Ziff. 2 zu § 476).

c) Über einen Fall, in dem die Gewährleistungspflicht wegen verschwiegenen Schwammverdachts verneint wurde, weil der Verdacht auf irriger Grundlage beruhte, vgl. **RG.** SeuffA. **59** 137. Über arglistiges Verschweigen beim Verkauf eines mit Rissen behafteten Gebäudes handelt OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 104 ff.

2. OLG. Stuttgart, WürttJ. **15** 299: Arglistige Täuschung liegt auch dann vor, wenn jemand dem Kaufliebhaber eines Hauses, auch wenn er keine Frage in dieser Richtung stellt, von einem erheblichen Mangel des Hauses, den der Käufer nicht ahnen konnte, keine Mitteilung macht.

3. Wenn der Verkäufer die Abwesenheit eines ihm bekannten Fehlers behauptet oder zusichert, dann stellt er nicht nur unrichtige Behauptungen auf, sondern verschweigt ihn in denkbar schärfster Weise. **RG.** ZBlFrG. **4** 765.

§ 477. 1. **RG. 56** 167 ff., JW. **04** 59 ff., SchlHolstAnz. **04** 73 ff.: Nach nochmaliger Prüfung hält der II. Senat an seiner früheren — **RG. 53** 203, JDR. **1** Ziff. 1 — Auffassung fest, daß ein Anspruch des Käufers einer nur der Gattung nach bestimmten Sache auf Schadensersatz wegen schuldhafter Leistung einer mangelhaften Sache der kurzen Verjährung des § 477 Abs. 1 unterliege (169).

Dagegen kann nach **RG. 55** 215 der Verkäufer, der sich eines arglistigen Verschweigens schuldig macht, nicht die kurzen Verjährungen des § 477 anrufen.

2. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 251: Der Schadensersatzanspruch aus der beim Verkauf von Aktien abgegebenen aber nicht eingetroffenen Zusicherung, daß die Aktien für ein bestimmtes Geschäftsjahr Dividenden von bestimmter Höhe abwerfen würden, unterliegt der allgemeinen Verjährung, nicht derjenigen des § 477.

3. **RG.** JW. **04** 406: Die kurze Verjährung findet auch Anwendung auf eine Ersatzlieferung, wenn nicht die Ersatzlieferung auf Grund eines die Schadensersatzpflicht anerkennenden, besonderen Abkommens erfolgt ist (vgl. auch OLG. Marienwerder, JDR. **2** Ziff. 3 a. E.).

4. OLG. **8** 71 (KG.): Bei einem einheitlichen Kaufgeschäft ist der ganze Schadensersatzanspruch verjährt, wenn der Käufer die mangelhafte Teilsendung zu spät geltend gemacht hat (s. oben zu § 469).

5. Abs. 1 Satz 2.

a) *Rosenberg, AzivPr. **94** 100: Die Verlängerung der Verjährungsfrist steht immer zu Beweislast des Käufers.

b) *Düringer-Hachenburg III 101: Einräumung einer „Garantiefrist" wird in der Regel als Verlängerung der Verjährungsfrist aufzufassen sein (vgl. hierzu OLG. Marienwerder, JDR. **2** Ziff. 3 zu § 477).

§ 478. *Rappaport, Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 31 f.: In der Geltendmachung der Wandelungseinrede im Prozesse liegt eine partielle Anfechtung des Rechtsgeschäfts, d. h. eine unmittelbare Realisierung der Wandelungswirkungen zu jenem Teile, der der unmittelbaren Beherrschung des Wandelungsberechtigten unterworfen ist.

Ist die Wandelungseinrede vom Käufer vorgebracht, so wird der Verkäufer, ohne erst seine ausdrückliche Zustimmung zur Wandelung erklären zu müssen, die Wandelung als vollzogen betrachten und daraus die entsprechenden Konsequenzen ziehen können, der Käufer wird an die Wandelung gebunden sein, ihre sonstigen Wirkungen aber seinerseits gegen den ihnen etwa abgeneigten Verkäufer erst durch Wandelungsklage herbeiführen können.

Das in der Wandelungseinrede liegende partielle Anfechtungsrecht bleibt dem Käufer auch nach Verjährung des Wandelungsanspruchs erhalten.

Das gleiche gilt von den Einreden des Minderungsanspruchs nach § 478 Abs. 1 Satz 1, ferner von den Einreden nach §§ 812, 821 BGB., nach § 853 BGB. und § 2174 BGB.

§ 479. RG. 56 167 ff., JW. **04** 59 ff.: Diese Bestimmung ist dahin auszulegen, daß nach der Vollendung der Verjährung der Anspruch auf Schadensersatz nur noch gegen den nicht gezahlten Kaufpreis aufgerechnet werden könne, aber auch das nur, wenn eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vor Vollendung der Verjährung vorgenommen wurde.

RG. 56 171, JW. **04** 59 ff. setzt im § 479 für die Aufrechnung des verjährten Schadensersatzanspruchs entsprechend der im § 478 für die Wandelungs- und Minderungseinrede getroffenen Bestimmung stillschweigend voraus, daß es sich um eine Aufrechnung gegen den Anspruch aus demselben Geschäft handele, so daß die Aufrechnung des verjährten Schadensersatzanspruchs gegen eine Forderung aus einem anderen Geschäfte selbst dann nicht zugelassen sei, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 390 Satz 2 und des § 479 vorliegen.

§ 480. 1. Oertmann, R. **04** 4 ff.: Wie der Käufer einer Speziessache sein Wahlrecht dadurch verliert, daß der Verkäufer auf das Wandelungs- oder Minderungsbegehren eingeht, so tritt auch beim Gattungskauf ein entsprechendes Ergebnis dadurch ein, daß der Verkäufer diejenige seiner drei alternativen Verpflichtungen, auf die der Käufer sein Begehren gerichtet hat, erfüllt — also je nachdem durch Einwilligung in das Wandelungs- oder Minderungsverlangen oder Vornahme der Nachlieferung.

2. **RG.** JW. **05** 17: Der vorhandene Leistungsverzug des Verkäufers wird nicht dadurch beseitigt, daß er eine vertragswidrige Leistung anbietet, deren Annahme der Käufer unter Verlangen einer Ersatzware gemäß § 480 verweigert.

RG. JW. **04** 406 handelt über die Verjährung hinsichtlich der Lieferung einer mangelhaften Ersatzware.

3. Abs. 2. **RG.** R. **04** 76: Eine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des Abs. 2 steht nicht schon dann in Frage, wenn die „genau wie gehabt" verkaufte Ware während des Transports eine Beschädigung erlitten hatte, während die früher gelieferte und bezogene Ware unbeschädigt in den Besitz des Käufers gelangt war. „Genau wie gehabt" bezieht sich nur auf die Qualität der Ware als solcher.

§§ 481 ff. a) *Stölzle, Viehkauf 31: Wenn neben der Wandelung Futtergeld oder Ersatz der Transportkosten oder der Kosten für den Tierarzt verlangt werden, so sind das Nebenforderungen, welche den Streitwert nicht erhöhen.

b) Stölzle a. a. O. 40 ff.: Anfechtung eines Viehkaufs wegen Irrtums über Hauptmängel oder zugesicherte Eigenschaften ist ausgeschlossen. Hachenburg, Recht der Gewährleistung beim Tierhandel 76; a. M. Planck (3), § 382 Note 2; Endemann I 1009 Anm. 37; Krückmann, Anfechtung (s. oben Ziff. II 1 zu § 119).

Wäre die Ansicht der Gegner richtig, dann wären die speziellen Bestimmungen über die Viehgewährschaft überflüssig, insbesondere die Bestimmungen der §§ 482, 483, 485 BGB. Es würde dann auf dem Gebiete des Viehhandels eine Rechtsunsicherheit Platz greifen, deren Beseitigung die Einführung des Hauptmängelsystems mit all seinen Konsequenzen bezweckte.

§ 481. 1. *Stölzle a. a. O. 481 Note 4: Die Bestimmungen über Viehgewährschaft gelten auch für Tierjunge, das Alter des Tieres begründet keinen Unterschied.

2. *Krückmann, Anfechtung 40 ff.: Im Zweifel ist der Käufer auf die Schlachtviehmängel beschränkt (insbesondere 48). Der Käufer trägt die Gefahr der Nichthauptmängel (51).

§ 482. 1. Darüber, daß es nicht angängig ist, einen Viehkauf wegen nachträglich zutage getretener Mängel aus dem Gesichtspunkt des Irrtums anzufechten, handelt *Hirsch, WürttZ. **16** 135 ff. (s. oben Ziff. II 3 zu § 119). Hirsch führt weiter aus: Auch die Anfechtung aus dem Rechtsgrunde der Bereicherung ist ausgeschlossen. Mit dem gleichen Rechte könnte auch ein Verkäufer, der das Tier als möglicherweise fehlerhaft ansah, bei sich erweisender Fehlerlosigkeit das Geschäft anfechten; auch das geht nicht an, weil es sich um ein gewagtes, aleatorisches Geschäft handelt und beide Vertragsteile damit rechnen, daß bei lebenden Tieren eine absolute Gewißheit der Gesundheit oder Fehlerfreiheit nicht bestehe. (Vgl. zu dieser Frage zustimmend: Stölzle, JW. **01**. 737 ff.; ferner im allgemeinen Danz, JheringsJ. **46** 381 ff., insbesondere 463 ff., 417 ff. und Zitate; — gegenteilig: Baum, DJZ. **02** 144).

2. a) *Stölzle a. a. O. § 482 IV 3 δ, ε, 84: Arglistiges Verschweigen von Hauptmängeln beim Pfandverkauf macht den Pfandgläubiger nicht haftbar, wohl aber arglistige Täuschung.

b) LG. Liegnitz, BreslAK. **04** 51: Wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers kann im Falle arglistigen Verschweigens desselben nur unter Umständen eine Haftung auf Grund des § 823 begründet sein.

§ 483. 1. Die Beweislast bezüglich des Zeitpunkts des Gefahrüberganges trifft den klagenden Käufer (Stölzle a. a. O. § 483 B 111 ff. und die dortigen Zitate).

Der Ablauf der Gewährfrist ist von Amts wegen zu berücksichtigen (Stölzle § 483 D 114 ff. und die dortigen Zitate).

2. *Krückmann a. a. O. 53: Die Gefahr geht auch mit dem constitutum possessorium über wegen §§ 548, 537, 542, 545, 581, 602, 644 Abs. 1, 690, 894, 1050, 1041, 1042, 1045, 1046, 1218 usw. Der Satz casum sentit dominus ist enthalten in §§ 989, 987 Abs. 2. Diese Bestimmungen werden aber ignoriert, wenn man dem constitutum nicht die Wirkung beilegt, daß die Gefahr übergeht.

3. Über Gefahrübergang bei Vorbehalt des Eigentums vgl. JDR. **1** Ziff. 2.

§ 484. *Stölzle a. a. O. § 484 IV, 123: Die Vermutung des § 484 findet auch dann statt, wenn vom Verkäufer die Haftung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers oder die Haftung für alle Fehler übernommen oder wenn das Vorhandensein einer Eigenschaft zugesichert wurde, vorausgesetzt, daß eine Gewährfrist vereinbart wurde.

§ 485. 1. *Stölzle § 485 II 5, 128: Mängelanzeige vor Ablauf der Gewährfrist ist zulässig.

Über die Kosten des Beweissicherungsverfahrens in Viehgewährschaftsprozessen vgl. Stölzle a. a. O. § 485 IV 5 Zusatz zu Ziff. 5, 131 ff.

2. *Krückmann a. a. O. 56 ff., insbesondere 58: Die Anzeigefrist verlängert sich entsprechend § 193. Erklärungsort ist für den Käufer der Wohnort des Käufers oder der Ort seiner gewerblichen Niederlassung und die an diesem Orte geltende Sonntagsruhe kommt dem Käufer zu.

*Krückmann a. a. O. 58 ff.: Klageort für den Käufer ist der Wohnort des Verkäufers oder der Ort seiner gewerblichen Niederlassung. Der Umstand, daß die Verpflichtung des Verkäufers eine Bringschuld ist, rechtfertigt die Theorie des Reichsgerichts nicht, daß der Verkäufer der Ware nachgehen müsse und das Kaufgeld da zu zahlen habe, wohin die Kaufsache nach dem Vertrage geschafft ist. Das Reichsgericht verkennt die Bedeutung von Bringschuld und von Leistung Zug um Zug. Dies zeigt sich besonders, wenn bei einem Tausche beide Teile wandeln und jeder dort klagte, wo die ihm vom Gegner übergebene mangelhafte Sache sich befindet. Dann steht praktisch alles auf dem Kopfe.

*Krückmann a. a. O. 63: Eine zurückgenommene Klage und eine Klage bei einem unzuständigen Gericht kann die Frist wahren, wenn sie den Erfordernissen einer bloßen Anzeige genügen.

§ 486. 1. *Krückmann a. a. O. 65 ff.: Verlängerung der Gewährfrist liegt nicht in der Zusicherung der Trächtigkeit, die vielmehr eine reine Garantiefrist ist, mit der Wirkung, daß § 202 Abs. 1 zur Anwendung kommt.

2. *Stölzle a. a. O. § 486 I 136 ff.: Die Gewährfrist kann für Hauptmängel nicht ausgeschlossen werden (Planck, BGB. II [3] § 486 Note 2).

Eine Änderung der Dauer der Gewährfrist und überhaupt aller gesetzlichen Bestimmungen über Gewährschaft kann nur durch Vertrag erfolgen. Es ist ausgeschlossen, daß durch Gewohnheitsrecht, Usance oder sogenannte Marktregeln irgendwelche gesetzlichen Bestimmungen über Gewährschaft geändert werden können (Stölzle a. a. O. § 486 II 3, 137 ff. und die dortigen Zitate).

§ 487. 1. *Stölzle a. a. O. § 487 II 4, 145: Der Verkäufer hat ein Recht auf Rücknahme des Tieres, wenn er freiwillig sich mit der Wandelung einverstanden erklärt hat oder wenn er rechtskräftig zur Abgabe der Wandelungserklärung verurteilt wurde.

Veräußerung des Tieres in Kenntnis des Mangels bedingt den Verlust des Wandelungsanspruchs (Stölzle a. a. O. § 487 III 5 b, 148 und die dortigen Zitate).

2. Abs. 2. *Krückmann a. a. O. 74 ff., insbesondere 76: Der Wert richtet sich nach dem Zeitpunkte der Wandelung. Der Käufer muß ersetzen, was er in natura hätte geben müssen, wenn er mit seiner Wandelungserklärung sofort bei dem Verkäufer durchgedrungen wäre und seine Rückgabepflicht, als eine sofort fällige Verpflichtung, sofort erfüllt hätte.

§ 488. 1. *Stölzle a. a. O. § 488 II A, 169 ff.

a) Der Verkäufer muß im Falle der Wandelung das Tier an dem Orte zurücknehmen, an welchem sich dasselbe ohne Arglist des Käufers befindet.

b) Transportkosten hat der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen (Stölzle a. a. O. § 488 II B 170 ff. und die dortigen Zitate).

c) Kosten für tierärztliche Untersuchung und Behandlung sind zu ersetzen, mag die Untersuchung vorgenommen werden, um einen Hauptmangel festzustellen oder mag es sich um irgendeine andere Krankheit handeln, welche nicht unter die Hauptmängel fällt. Stölzle a. a. O. § 488 IV 2a, 175. A. M. jedoch

unrichtig: Krückmann 82 und Tielker, Die Gewährleistung beim Viehhandel 65.

d) Vertragskosten und Kosten der Mängelanzeige hat der Verkäufer dem Käufer zu ersetzen. Stölzle a. a. O. § 488 V, 177 und die dortigen Zitate.

e) Kosten eines Vorprozesses sind regelmäßig zu erstatten. Stölzle a. a. O. § 490 II A 6, 197 ff. Vgl. auch Staub, HGB. (6. und 7.) § 377, 1362 Anm. 57.

2. OLG. 8 74 (Dresden): § 488 schließt die Geltendmachung weitergehender Ansprüche nicht aus.

§ 489. 1. *Stölzle a. a. O., 181 Ziff. 1 b: Auch im Falle der einredeweisen Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung ist das Gericht auf Antrag der einen oder anderen Partei berechtigt, die öffentliche Versteigerung des Tieres anzuordnen.

2. *Stölzle 183 Ziff. 8: Das Gericht kann nicht durch einstweilige Verfügung die Tötung des Tieres anordnen.

3. Abs. 3. *Krückmann a. a. O. 88 f.: Aufrechnung ist nur gegen den in diesem Kaufvertrag ausgemachten Preis zulässig.

§ 490. a) *Stölzle § 490 I 2, 185 ff.: Nicht bloß der Anspruch auf Wandelung, auf Schadensersatz und Nachlieferung eines mangelfreien Tieres verjährt in 6 Wochen, sondern alle Ansprüche, welche dem Käufer aus einer vereinbarten Gewährleistung erwachsen.

b) Über die einredeweise Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder Schadensersatz vgl. Stölzle a. a. O. § 490 IV A, 202 ff.

c) Der Verkäufer kann unter Umständen den Anspruch auf Rückgabe des Tieres im gleichen Prozesse geltend machen; vgl. Stölzle a. a. O. 209 ff.

§ 492. 1. *Krückmann a. a. O. 93 f.: Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch ist kein Gewährschaftsgrund, gibt höchstens die Anfechtung und hierdurch das eigentliche Gebiet für die Anfechtung. Zusicherung der Gesundheit ist Zusicherung einer Eigenschaft, und Zusicherung der Freiheit von Hauptmängeln ist ebenfalls Zusicherung einer Eigenschaft. Eine allgemeine Zusicherung der Gesundheit erstreckt sich auf Hauptmängel und Nichthauptmängel, sonst ist die Bekräftigung der Haftung ohne jede praktische Bedeutung. Der Käufer hat bei Hauptmängeln zwei Hilfsmittel, die gesetzlichen Ansprüche mit den Vorteilen und Nachteilen der §§ 484, 485 und die vertragsmäßigen ohne §§ 484, 485. Sonst wird der Käufer bei Hauptmängeln schlechter gestellt als bei Nichthauptmängeln. (95 ff., insbesondere 96, 98.)

2. Beweislast, wenn keine Gewährfrist vereinbart ist.

*Stölzle a. a. O. 233: Wenn das Tier bereits übergeben ist, dann muß Käufer beweisen, daß die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Gefahrüberganges fehlte oder daß das Tier zu dieser Zeit mit dem Mangel behaftet war.

3. *Stölzle a. a. O. 241 ff.: In der Zusicherung des Verkäufers, daß die Kuh eine bestimmte Anzahl von Wochen, z. B. 20 Wochen, oder seit einem ganz bestimmten Zeitpunkt, z. B. seit 1. Januar trächtig sei, ist die Vereinbarung einer Gewährfrist nicht zu finden, weshalb die Klage innerhalb einer Frist von 6 Wochen, welche mit dem Tage der Ablieferung des Tieres beginnt, zu stellen ist. A. M. bezüglich des letzten Punktes Krückmann a. a. O. 65 ff. Vgl. auch JDR. 1 Ziff. 2 und 3.

4. Zusicherung der Gesundheit ist Zusicherung einer Eigenschaft (vgl. RG. JDR. 2 Ziff. 2 und JDR. 1 Ziff. 3 a. E., sowie Krückmann oben Ziff. 1.)

a) *Hirsch, R. 04 476, führt an der Hand seines Währschaftskommentars im Gegensatze zu Stölzle aus, die Garantie für Gesundheit eines Haustieres sei im Sinne des Parteiwillens im Zweifel dahin auszulegen, daß der Verkäufer neben der gesetzlichen Hauptmängelgewähr die Gewähr für Freiheit von sonstigen erheblichen Mängeln übernehme, daß er für Hauptmängel nur gemäß § 482 BGB. zu haften habe und lediglich für sonstige erhebliche Mängel gemäß § 492 BGB. einstehen müsse. Der Unterschied ist namentlich für die Frage erheblich, ob der für Gesundheit eines Tieres garantierende Verkäufer beim Vorliegen eines Hauptmangels während der gesetzlichen oder der im § 492 BGB. normierten Gewährfrist haftbar ist. Hirsch folgert seine Ansicht namentlich daraus, daß im § 490 die Zusicherung des Nichtvorhandenseins eines Hauptmangels geregelt sei und nicht daneben noch eine konkurrierende Haftung aus § 492 Platz greifen könne.

b) Titzlaff, R. 04 42: In dem Versprechen der Gesundheit eines Tieres liegt die Zusicherung einer Eigenschaft.

c) *Stölzle, R. 04 299 ff.: Zusicherung der Gesundheit eines Tieres ist Zusicherung einer Eigenschaft. Der Verkäufer eines Tieres haftet auf Grund dieser Zusicherung dafür, daß das Tier im Zeitpunkte des Gefahrüberganges gesund ist. — Ist das Tier krank und besteht die Krankheit in einem Hauptmangel, so haftet der Verkäufer sowohl auf Grund des Gesetzes (§§ 481 ff.) als auf Grund der Zusicherung.

d) *Stölzle, Viehkauf, 222 ff.: Zusicherung der Gesundheit eines Tieres bedeutet rechtliche Zusicherung einer Eigenschaft desselben. Es ist diese Zusicherung nicht gleichbedeutend mit der Zusicherung der Freiheit von Hauptmängeln.

Über den Begriff der Zusicherung vgl. im Übrigen o. Ziff. I 3 zu § 459.

§ 493. *Düringer-Hachenburg III 167: Schwierigkeiten bietet die Anwendung der Gewährleistungsgrundsätze besonders für den Gesellschaftsvertrag, da es sich für das Entgelt hier nicht um eine einmalige und einheitliche Leistung handelt. Es kann die Wandelung hier nicht darin bestehen, daß die Gesellschaft selbst aufgelöst wird. Es muß auch hier der Wert der Gegenleistung in Geld veranschlagt werden. Die Gewährleistung vollzieht sich bei der Wandelung durch die Rücknahme der beanstandeten Sache und Vergütung der Gegenleistung in Geld, bei der Minderung dagegen durch Zuzahlung eines entsprechend berechneten Aufgeldes auf die im Gesellschaftsvermögen verbleibende Sache. Näheres a. a. O. 167.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

Literatur: Muskat, Zur Lehre vom Kauf auf Probe nach römischem und deutschem Rechte, Gruchots Beitr. 48 205—219.

§ 494. 1. Beweislast.

a) *Düringer-Hachenburg III 184 ff.: Wendet der Käufer gegenüber der Kaufpreisklage des Verkäufers ein, es sei nicht nach Probe geliefert, so muß der Käufer den Kauf nach Probe ebenso beweisen, wie er die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft hätte beweisen müssen, denn es liegt eine Einwendung seitens des Käufers, kein bloßes Bestreiten des Klagfundaments vor. (A. M. Crome § 225 Anm. 4.)

b) *Rosenberg, AzivPr. 94 134: Der Käufer muß stets beweisen, daß nach Probe oder nach Muster verkauft ist; insbesondere auch dann, wenn er auf Zahlung des Preises belangt ist und die Einrede des nichterfüllten Vertrags auf den Mangel von Eigenschaften des Musters oder der Probe stützt.

2. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 326: § 494 ist nicht dahin auszulegen, daß nur die Eigenschaften der Probe als zugesichert gelten.

§ 495. 1. *Muskat, GruchotsBeitr. **48** 206 ff.: Die Vereinbarung, daß die Mißbilligung einer sachlichen Begründung bedürfen und der richterlichen Nachprüfung unterliegen soll, widerspricht dem Wesen des Kaufes auf Probe. (A. M. Planck Note 1 zu § 495.)

Ist der Kauf auf Probe aufschiebend bedingt, so wirkt der Eintritt der Bedingung, d. h. die Billigung des Kaufes, im Verhältnisse der Parteien zueinander grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses zurück. Die Ausnahmevorschrift des § 159 BGB. wird hier infolge Einwirkens der §§ 184 Abs. 1 und 141 Abs. 2 zur Regel (209 f.).

Bei auflösend bedingtem Kaufe auf Probe trägt, wenn Rückziehung als vereinbart anzusehen, der Verkäufer, andernfalls der Käufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der übergebenen Sache (212 ff.).

Behauptet der Verkäufer A. unbedingten Kauf, der Käufer B. Kauf auf Probe, so trifft die Beweislast, gleichviel ob aufschiebende oder auflösende Bedingung in Frage kommt, den A. (217 ff.).

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 117: Da der Kauf auf Probe im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen ist, so muß derjenige Vertragsteil, der nur unter dieser Bedingung den Kauf abgeschlossen zu haben behauptet, die Beweislast hierfür tragen. Steht ein Kauf auf Probe fest, so muß diejenige Partei, die die Nichtbilligung des Käufers als auflösende Bedingung betrachtet sehen will, eine entsprechende Abrede beweisen.

3. *Krug, Die Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung 202: Rechtlich sind beide Kontrahenten mit dem Abschlusse des Probekaufs bereits gebunden, d. h. bedingt verpflichtet. Faktisch ist allerdings die Gebundenheit des Probekäufers bis zum Bedingungseintritt ohne große praktische Bedeutung, da der Bedingungseintritt von seinem Belieben abhängt. Sein Gebundensein tritt indessen in seiner Haftung für kontraktwidriges Verhalten während der Schwebezeit (auch bei späterem Ausfalle der Bedingung) zutage.

§ 496. Über die Bedingbarkeit der Erklärung vgl. Bruck, o. Ziff. 1 zu § 158.

2. Wiederkauf.

§ 497. 1. *Krug, Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung 180: Der Wiederkaufsvertrag wird durch die Abrede des Wiederkaufsvorbehalts geschlossen. Die Ausübungserklärung des Wiederkäufers stellt eine bedingungserfüllende Tatsache dar, durch welche der Wiederkaufsvertrag in Wirksamkeit gesetzt wird.

2. Über die Bedingbarkeit der Erklärung vgl. Bruck, o. Ziff. 1 zu § 158.

3. Vorkauf.

§ 504. **RG.** SeuffA. **59** 354: Es kommt nicht darauf an, welchen Zweck der Vorkaufsberechtigte mit der Ausübung des Vorkaufs verbindet; es kann lediglich in der bloß negativen Tendenz ausgeübt werden, dem Käufer den Gegenstand nicht zu lassen (355).

Zweiter Titel. Schenkung.

Literatur: Müller, Die gemischte Schenkung, IheringsJ. 48 209—240. — Weirauch, Die gemischte Schenkung, Gruchots Beitr. 48 229—255.

§ 516. 1. Die gemischte Schenkung (Köppen, JDR. **2** Ziff. 5 zu § 516).

a) *Müller, IheringsJ. **48** 209 ff.: Die gemischte Schenkung (negotium cum donatione mixtum) ist in ihrer juristischen Konstruktion nicht in zwei ge-

trennte und gesondert zu behandelnde Teile — Kauf (oder sonstiges negotium) einerseits und Schenkung andererseits — zu zerlegen, sondern als einheitliches Schuldverhältnis aufzufassen. Es sind jedoch nicht etwa einseitig nur die Vorschriften über den Kauf oder nur die über die Schenkung anzuwenden, es haben vielmehr durch eine Kombination von Kauf- und Schenkungsregeln beide Elemente Berücksichtigung zu finden. Das Verhältnis ist dabei ähnlich dem beim Werklieferungsvertrage (§ 651 BGB.) zu gestalten, bei dem sich auch zwei verschiedene Elemente, Kauf- und Werkvertrag, zu einer Einheit zusammenschließen. Die Frage, in welchen Einzelbeziehungen das eine oder das andere Moment überwiegt und damit zur entsprechenden Anwendung dieser oder jener Vorschriften führt, wird bezüglich der Form des Vertrags, der Mängelhaftung, des Widerrufs, der Gläubigeranfechtung und der Stempelpflicht des näheren erörtert.

b) *Weirauch, Gruchots Beitr. **48** 229 ff.: Die gemischte Schenkung ist ein einheitlicher Vertrag (Gesamtvertrag), bei welchem der Vertragsgegenstand (ideell geteilt) sowohl Mittel der Schenkung als auch des Kaufes ist. Daraus folgt:

α. Die Formvorschrift des § 518 BGB. gilt für den ganzen Vertrag.

β. Beim Widerruf (§ 530 BGB.) hat der Beschenkte die Wahl, entweder den Wert der Schenkungsquote herauszuzahlen oder das ganze Geschäft rückgängig zu machen.

γ. Bei der Anfechtung auf Grund der Nr. 1 und Nr. 2 des Gesetzes v. 21. 7. 79 und der Nr. 3 und Nr. 4 ebendort im Falle der Bösgläubigkeit des Beschenkten hat dieser alles herauszugeben, was er erhalten hat, entweder Sache oder Wert; im Falle der Gutgläubigkeit ist ihm das gleiche Wahlrecht zuzubilligen wie bei β.

2. Landsberg, Mitgiftversprechen, PosMSchr. **03** 17 ff.: Keine Schenkung ist das Mitgiftversprechen, weil dabei beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung um einer Gegenleistung willen erfolgen soll. Der Bedachte empfängt die Zuwendung zur Gründung und Sicherung des Haushalts, zur Bestreitung der Ehelasten, zur Erhaltung der Familie, — durchweg Zwecke sittlicher Art. (18). Vgl. dagegen **RG.** u. Ziff. 4 b.

3. *Rosenberg, AzivPr. **94** 26: Wird streitig, ob der Schenkungsvertrag zustande gekommen ist, so braucht, wer seinen Abschluß behauptet, nur die tatsächliche Zuwendung und die Fristsetzung zu beweisen. Der Gegner muß dartun, daß er die Schenkung innerhalb der Frist abgelehnt habe.

4. Aus der Praxis.

a) **RG.** SeuffA. **59** 319 ff.: Das Erfordernis der Bereicherungsabsicht ist vom Gesetze nicht aufgestellt, es kommt nur darauf an, daß objektiv eine Bereicherung vorliegt (321). — Der im § 516 aufgestellte Begriff der Schenkung wird durch § 1624 Abs. 1 nicht berührt (320).

RG. DJZ. **04** 169: Die Schenkung erfordert nur objektiv Vorliegen der Bereicherung, ein animus donandi ist nicht erforderlich.

b) **RG.** SeuffA. **59** 139: Das Versprechen einer Zuwendung seitens der Eltern der Braut an den Verlobten für den Fall der Verheiratung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften des BGB. über Mitgift als Schenkung anzusehen.

c) OLG. 8 75 (Celle): Keines der Erfordernisse des § 516 trifft zu, wenn ein Hypothekar dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gegenüber vertragsmäßig sich verpflichtet, mit seiner Hypothek hinter die für einen Dritten einzutragende Hypothek zurückzutreten.

d) OLG. Marienwerder, R. **04** 105 Nr. 459: Wird dem im Besitz einer beweglichen Sache befindlichen Mieter die Mietsache von dem Eigentümer der-

selben durch mündliche Erklärung geschenkt, so liegt nicht ein der Form des § 518 unterliegendes Schenkungsversprechen vor, sondern eine durch Veräußerung auf dem Wege des § 929 Satz 2 vollzogene, der Form nicht bedürftige Schenkung.

§ 518. I. Abs. 1. 1. *Geigel, PuchelsZ. **35** 105: Beitragsversprechen zu gemeinnützigen oder wohltätigen Unternehmungen erfolgen nicht in der Absicht, den die Zeichnungen entgegennehmenden Sammler zu bereichern, sondern nur zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, obgleich letzterer auf Bereicherung zu unterstützender, zu belohnender oder zu ehrender Personen gerichtet sein kann. Solche Versprechen sind daher auch ohne gerichtliche oder notarielle Verlautbarung klagbar. (Geigel, Kirchen- u. StiftungsR. I 88, 91, 93, 420, Iherings J. **36** 453, Kleemann, Pflegschaft für ein Sammelvermögen 47, 61; dagegen Hinschius, Z. f. Gef. u. Rechtspfl. **2** 480, Kiepert, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken 60.)

2. Darüber, unter welchen Umständen in der Schenkung eines nach dem Tode des Schenkers abzuhebenden Bankdepots nur ein Schenkungsversprechen zu erblicken ist, handelt OLG. **9** 33 (KG.).

II. Abs. 2. 1. **RG.**, JW. **04** 337, (OLG. **9** 33 KG.): Erforderlich ist wirkliche Erfüllung, nicht nur vorbereitende Handlungen, daher muß die Schenkung vom Schenker bei seinen Lebzeiten vollzogen werden. Die Vollziehung kann nicht durch die bei Lebzeiten erteilte Ermächtigung ersetzt werden, die Sache nach dem Tode des Schenkers von Dritten in Empfang zu nehmen.

RG. ZBlFG. **4** 506: Eine Bewirkung der Leistung im Sinne des Abs. 2 liegt vor, wenn die Miterben dem Miterben erklären, sie wollen nichts von dem Nachlaß, er solle ihn behalten.

2. Über die Form der Schenkung eines Sparkassenguthabens und eines Guthabens bei einer Genossenschaft handelt eingehend OLG. Naumburg, Naumb AK. **04** 91 ff. (Vgl. hierüber JDR. **2** Ziff. 4.)

III. Vgl. auch oben Ziff. 4 zu § 516.

§ 533. **RG. 54** 110 entnimmt dem § 530, daß die Regelung des Widerrufsrechts nicht dispositiver, sondern zwingender Natur ist.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

I. Miete.

Vorbemerkung: Die Theorie hat sich im Berichtsjahre nur Einzelfragen aus dem Mietrecht zugewandt; das vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht des Vermieters wird nochmals eingehend von Martinius behandelt (Ziff. 2a zu § 559). Von besonderer Bedeutung — namentlich auch für Praktiker — sind Fulds Ausführungen über die Beweislast bei Mängeln der Mietsache (Ziff. 1 zu § 537 und Ziff. 1 zu § 544). — Die Auslegung des § 570 (Kündigungsrecht des Beamten) stößt immer wieder auf kleine Streitfragen. Von besonderer Bedeutung ist eine Entscheidung des OLG. Dresden (Ziff. 3 zu § 570) über den Begriff der „Versetzung“. Mit Recht versteht das OLG. dieses Wort in weiterem Sinne und erklärt es insbesondere für unerheblich, ob der Versetzung im einzelnen Falle eine Bewerbung vorausgegangen ist oder nicht. Rascher, als erwartet, hat das RG. Gelegenheit gehabt, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob sich § 573 auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen bezieht. Es hat diese Frage bejaht und zwar mit Recht; auf alle Fälle aber ist diese Entscheidung schon deshalb mit Freuden zu begrüßen, weil sie auch eine gleichmäßige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte für die Zukunft zur Folge haben wird. Aus der Theorie liegen Äußerungen von Anhängern und Gegnern der reichsgerichtlichen Ansicht vor. — In der Frage des vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Sachen hat das RG. trotz der ihm seitens der Literatur

wegen seiner Stellungnahme wiederfahrenen Anfeindung an der früheren Auffassung festgehalten. (Ziff. 2 b zu § 559.)

Literatur: Buck, Bedarf die nachträgliche Vereinbarung einer Herabsetzung des Mietzinses, wenn sie auf länger als ein Jahr gelten soll, der Schriftform des § 566? Gruchots Beitr. **48** 723, 734. — Fuld, Beweislast bei Mängeln der Mietsache, SächsA. **14** 452—459. — Keidel, Schadensersatzansprüche bei außerordentlicher Kündigung der Miete, SeuffBl. **04** 317—328 (s. auch unten zu § 559).

Zu § 535 ff. Krahmer, Gegenseitige Verträge 133: Bei der Miete ist § 323 uneingeschränkt anwendbar. Ebenso Brückner, Miete 60.

§ 535. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (JDR. **2** Ziff. 1).

a) Elektrizitätslieferungsvertrag (JDR. **1** Ziff. 1 c).

*Pfleghart, AbürgR. **24** 316: Da es den an einem Elektrizitätslieferungsvertrag interessierten Parteien in der Regel gar nicht darum zu tun ist, Eigentum an dem Objekt des Lieferungsgeschäfts zu übertragen oder zu erwerben, und nur in den wenigsten Fällen dem Abnehmer desselben ein völlig freies und unbeschränktes Verfügungsrecht darüber eingeräumt wird (s. o. Ziff. I 2 zu § 433), erscheint es am zweckmäßigsten, die Elektrizitätslieferungsverträge, da sie mehr auf die Verschaffung einer Sache als auf die Ausführung einer Arbeit gerichtet sind, als Mietverträge etwas besonderer Art aufzufassen und zu behandeln (vgl. auch unten Ziff. 7 a α zu § 631).

b) *Joerges, Recht des Fernsprechverkehrs, GoldschmidtsZ. **56** 32 ff.: Als Sachmiete ist auch das Verhältnis des Publikums zur Fernsprechverwaltung aufzufassen; beim Abonnementstelephon ist Gegenstand des Vertrags das gesamte Ortsnetz. Besondere Dienstverträge sind hiermit unter Umständen verbunden.

2. Über die Verteilung der Beweislast bezüglich des angemessenen Mietzinses s. Rosenberg, oben Ziff. I 4 § 433.

3. Aus der Praxis:

a) Darüber, daß eine Mietvertragsklausel, „daß der Mieter sich die vom Vermieter für notwendig erachteten baulichen Veränderungen am Hause jederzeit ohne Entschädigung gefallen lassen müsse", wörtlich genommen gegen den Hauptgrundsatz des Mietrechts (§ 535) verstoßen würde, handelt KG., KGBl. **04** 104 ff.

b) Hinsichtlich der Frage, ob der Mieter berechtigt ist, von dem Vermieter die Zustimmung zur Anbringung einer Fernsprechstelle in den Mieträumen zu verlangen, teilt OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 9 ff. den Standpunkt des RG. **49** 309 ff., vgl. über letzteres JDR. **1** Ziff. 3 zu § 536 und Ziff. 1 zu § 536.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** 200: Da die gemietete Sache unbeschädigt zurückzugeben ist, folgt aus dem Mietvertrage auch die weitere Verpflichtung, Sorgfalt in der Aufsicht über die gebrauchte Mietsache zu üben. Diese Pflicht ist verletzt, wenn die vom Mieter zu dem Gebrauch der Mietsache angestellten Leute fahrlässig handeln.

d) OLG. Königsberg über Vermietung einer Dreschmaschine u. Ziff. 6 h α zu § 611.

§ 536. 1. *Joerges, Fernsprechverkehr 63 ff.: Der Vermieter ist regelmäßig dem Mieter gegenüber verpflichtet, um diesem den Anschluß an das Fernsprechnetz zu ermöglichen, die von der Postverwaltung verlangte Erklärung des Eigentümers abzugeben, da diese keine unbillige Belastung des Vermieters enthält.

2. Aus der Praxis.

a) RG. Gruchots Beitr. **48** 901 ff.: Der Vermieter ist dem Mieter gegenüber verpflichtet, auch die zur Ausübung des Mietrechts erforderlichen, im Mietvertrage nicht besonders bezeichneten Hausteile, insbesondere Flure und Treppen, in brauchbarem, die Gesundheit nicht gefährdendem Zustande zu erhalten (vgl. RG. JDR. **2** Ziff. 2 a u. o. Ziff. 7 b β zu § 278).

b) LG. Breslau, BreslAK. **04** 26 handelt darüber, inwieweit der Hauseigentümer für den Schaden haftet, den der Mieter durch Bruch eines Wasserrohrs erleidet. (Näheres o. Ziff. 7 b γ zu § 278.)

c) Über die Pflicht des Vermieters, für Beschädigungen einzustehen, die an Sachen des Mieters, durch Handwerker, welche Ausbesserungen am Hause vornehmen, verursacht werden, vgl. o. Ziff. 7 b α zu § 278.

§ 537. 1. Beweislast im Falle des § 537 (vgl. Tumpowsky, JDR. **1** Ziff. 1 c).

a) Abs. 1. Fuld, SächsA. **14** 453: Klagt der Vermieter verfallenen Mietzins ein und macht der Mieter geltend, er brauche nicht in der geforderten Höhe zu zahlen, weil er durch einen Mangel an dem vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache, der schon bei der Übergabe bestanden, verhindert worden sei, so muß der Vermieter die Mängelfreiheit beweisen (454). Behauptet der Mieter dagegen, der Mangel sei erst später aufgetreten, so liegt dem Mieter die Beweislast ob, und zwar sowohl bezüglich des Auftretens des Mangels als auch in Ansehung der dadurch verursachten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache (456). Wenn der Mieter die Mietsache vorbehaltlos angenommen hat, so wird sich, wenn hierin eine Annahme als Erfüllung zu erblicken ist, die Beweislast nach § 363 für gewöhnlich umkehren (456) (vgl. o. Ziff. 4 zu § 363).

b) Abs. 2. Fuld a. a. O. 457: Macht der Mieter gegenüber dem Anspruch des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses geltend, daß der Mietsache zur Zeit der Überlassung eine zugesicherte Eigenschaft fehle und gibt der Vermieter die Tatsache der erfolgten Zusicherung zu, so muß er auch ihr Vorhandensein zur Zeit der Überlassung beweisen. Behauptet dagegen der Mieter, daß die bei Übergabe der Mietsache unzweifelhaft vorhanden gewesene Eigenschaft während der Dauer des Mietverhältnisses in Verlust gekommen sei, so hat er dies zu beweisen.

2. OLG. **8** 393 (KG.): Wegen Nichtbeseitigung eines seitens des Vermieters zu beseitigenden Mangels der Mieträume kann der Mieter Schadensersatz beanspruchen.

3. OLG. Cassel, JDR. **2** Ziff. a zu § 537, jetzt auch SeuffA. **59** 270.

§ 542. *F. Keidel, SeuffBl. **04** 317 ff.: Im Falle der außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses kann der Kündigende nicht nur diejenigen Schadensersatzansprüche geltend machen, welche vor der Kündigung entstanden sind, sondern auch Ersatz desjenigen Schadens verlangen, welcher aus Anlaß der Kündigung und infolge derselben (durch Leerstehen der Wohnung, an wiederholten Umzugskosten) entsteht (vgl. auch JDR. **2** Ziff. 2).

§ 544. 1. Fuld, SächsA. **14** 458: Der Vermieter, dessen Klage auf Mietzins die auf § 544 gestützte Behauptung entgegengehalten wird, muß die Negative der Bestimmung beweisen, d. h. daß die Benutzung der Wohnung nicht mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden sei.

2. Aus der Praxis.

a) OLG. Posen, PosMschr. **04** 3: Die Ausübung des Kündigungsrechts aus § 544 ist nur an die nachteilige Eigenschaft der Mietsache, nicht auch an eine Anzeige gemäß § 545 geknüpft, es müßte sonst das Kündigungsrecht aus § 544 ebenfalls im § 545 erwähnt sein. A. M. OLG. **2** 382 (Hamburg), JDR. **1** Ziff. 3.

b) LG. Berlin, KGBl. **04** 103: Der Mieter, der den Mietvertrag wegen Gesundheitsgefährdung aus § 544 kündigt, kann die Kosten einer sachverständigen Untersuchung, die er vor seinem Auszuge hat vornehmen lassen, vom Vermieter ersetzt verlangen.

§ 549. *Altvater, AzivPr. **95** 414: Bei Verweigerung der Zustimmung des Vermieters zum Mietabstand (vgl. oben Ziff. 3 zu § 415) ist ein Kündigungsrecht nicht gegeben.

§ 550. Übereinstimmend mit **RG. 47** 163 ff., IDR. **1** zu § 550, **RG.** Gruchots Beitr. **48** 952, SeuffA. **59** 230.

§ 552. 1. OLG. Celle, R. **04** 251: Wenn der Mieter eines großen Saales, der zu öffentlichen Tanzlustbarkeiten bestimmt ist, ohne Erlaubnis des Vermieters Fenster und Türen erweitern und eine Wand des Saales zur Herstellung einer Tür durchbrechen läßt, damit sich bei etwaigem Feuerausbruch das Publikum leichter retten könne, so kann der Vermieter auf Beseitigung der Änderungen während der Mietzeit jedenfalls dann klagen, wenn die Herstellung der drei Ausgänge weder von der Behörde angeordnet noch zur ungefährlichen Benutzung des Saales erforderlich war.

OLG. Posen, PosMschr. **04** 87: Gibt der Mieter zu erkennen, daß er seinerseits über die Wohnung nicht verfügen will, indem er entweder sie gar nicht benutzt oder vor der Zeit mit seinen sämtlichen Sachen auszieht, so steht es dem Vermieter, unbeschadet seines Anspruchs auf den Mietzins, frei, während dieser Zeit über die leerstehende Wohnung zu verfügen, wenn er nur jederzeit imstande ist, dem Mieter den Gebrauch wieder zu gewähren (vgl. IDR. **2** Ziff. 1).

2. Satz 3. KG., SchlHolstAnz. **04** 243 ff., KGBl. **04** 67: Der Einwand der mangelnden Erfüllungsbereitschaft kann dem Vermieter dann nicht von dem Mieter entgegengestellt werden, wenn dieser selbst von der Mietsache keinen Gebrauch machen wollte, sondern die Annahme der Erfüllung ablehnte.

§ 554. 1. Abs. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 103: Wenn die im Voraus zu zahlende Miete vor der Klageerhebung gezahlt und vorbehaltlos angenommen wird, so hat dies nicht stets den Sinn, daß der Vermieter diesmal von seinem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machen will, sondern es kommt immer darauf an, ob nach den Umständen des Falles der Wille des Vermieters, auf sein Kündigungsrecht zu verzichten, angenommen werden kann.

2. Abs. 2. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 130, 170: Die Besonderheit dieser Bestimmung liegt darin, daß eine Aufrechnung, welche nicht unverzüglich erklärt wird, die an und für sich aus der Rückwirkung sich ergebende Beseitigung der Kündigungsfolgen nicht bewirken kann. Die übrigen Folgerungen aus der Rückwirkung bleiben unberührt.

§ 555. *F. Keidel, SeuffBl. **04** 326: Diese Bestimmung regelt nicht die gegenseitigen Ansprüche der Mietparteien nach Auflösung des Vertrags infolge außerordentlicher Kündigung, sondern bestimmt lediglich, in welcher Weise und in welchem Umfange — nämlich nach Maßgabe des § 397 BGB. — der Vermieter das im voraus Erhaltene zurückzuerstatten habe.

§ 558. 1. OLG. Breslau, BreslAK. **04** 15: Diese Bestimmung betrifft lediglich Ansprüche wegen Verwendungen, deren Rechtsgrund allein in der Tatsache der Verwendung zu finden ist (s. auch Goldmann-Lilienthal, BGB. I 551 Anm. 12, 583 Anm. 41; a. M. Mittelstein § 87 unter 3).

OLG. Breslau, BreslAK. **04** 62: § 558 kann nur auf Ansprüche aus solchen Veränderungen Anwendung finden, welche auf einen vertragswidrigen unerlaubten Gebrauch der Mietsache seitens des Mieters zurückzuführen sind, nicht aber auf solche Fälle, in denen der Ersatzanspruch des Vermieters erst durch die Nichterfüllung der Vertragspflicht des Mieters entstanden ist.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 75: Die Verjährung der Ansprüche aus § 558 BGB. hat nicht das Erlöschen des Pfandrechts aus § 559 zur Folge.

3. OLG. Kolmar, R. **04** 138 Nr. 617: Unter die hier vorgesehene ausnahmsweise kurze Verjährung fallen nicht einmal die für verschuldeten gänzlichen

Untergang der Miet- oder Pachtsache geltend gemachten (vgl. JDR. 2 zu § 558), geschweige denn solche Ersatzansprüche, die auf besonderen Vertragsbedingungen beruhen und die Unversehrtheit der Miet- oder Pachtsache nicht berühren, z. B. Ersatzansprüche für das vom Pächter bei seinem Abzuge vertragswidrig auf dem Pachtgute nicht zurückgelassene Heu und Stroh.

4. OLG. 8 395 (Hamburg): Abs. 1 trifft alle Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterungen der Mietsache, mögen sie herzuleiten sein aus welchen Bestimmungen auch immer.

§ 559. Literatur: Martinius, Vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht des Vermieters an unpfändbaren Sachen des Mieters, AzivPr. **96** 114—143. — Meikel, Zum Begriff der eingebrachten Sachen im Sinne der §§ 559 ff. BGB., SeuffBl. **04** 413—417.

1. Satz 1. Eingebrachte Sachen des Mieters (JDR. **2** Ziff. I 1).

a) *Meikel, SeuffBl. a. a. O. 413 ff.: Das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters entsteht erst dann, wenn die Sache in den gemieteten Raum verbracht ist; es genügt nicht, daß sie auf das Grundstück überhaupt verbracht ist.

Welche Räumlichkeiten gemietet sind, ist eine Frage der Auslegung des Mietvertrags. Nicht hierher gehören jene Räumlichkeiten, auf deren Benutzung der Mieter zwar auf Grund des Mietvertrags einen Anspruch hat, die aber nach der Anschauung des Verkehrs nicht als mitgemietet gelten, wie z. B. das Stiegenhaus, ebensowenig diejenigen Räumlichkeiten, deren Benutzung der Vermieter seinem Mieter gestattet, wenn für diese Gestattung das Bestehen des Mietvertrags lediglich die Veranlassung bildet.

Liegt ein einheitliches Mietverhältnis vor, so unterliegen die eingebrachten Sachen dem Pfandrechte des Vermieters, gleichviel in welchem der Mieträume sie sich befinden. Liegen dagegen mehrere selbständige Mietverhältnisse vor, so haften die Sachen, welche in die auf Grund des einen Mietverhältnisses gemieteten Räume eingebracht sind, nicht für Mietforderungen, welche auf Grund des anderen Mietverhältnisses geschuldet werden.

b) Jacubezky, R. **04** 324: Mietet die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes eine Wohnung, und bringt die zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen in dieselbe ein, so unterliegen diese Sachen dem Pfandrechte des Vermieters nicht.

2. Satz 3 (JDR. **2** Ziff. III).

a) Martinius a. a. O. 114 ff.: An den unpfändbaren Sachen des Mieters kann durch Vertrag und Einbringung ohne Übergabe weder ein gesetzliches Pfandrecht, noch ein Faustpfandrecht, noch ein dingliches Zurückbehaltungsrecht, noch ein persönliches nur durch Einrede verfolgbares Zurückbehaltungsrecht des Vermieters begründet werden. Das Faustpfandrecht erfordert Besitz oder Mitbesitz; ein dingliches Zurückbehaltungsrecht (Pfandrecht ohne Verkaufsbefugnis) kennt das BGB. überhaupt nicht; das persönliche nur durch Einrede verfolgbare Zurückbehaltungsrecht erfordert wieder Besitz oder Mitbesitz. Auf Grund des Verpfändungsvertrags oder des Vertrags über Gewährung eines Zurückbehaltungsrechts an den unpfändbaren Sachen des Mieters entstehen bloß obligatorische Rechte und Pflichten zum Nichtentfernen der Sachen aus der Mietwohnung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters und zur Überlassung des Besitzes beim Auszuge. Durch letztere erst erhält der Vermieter ein Faustpfandrecht, beziehungsweise, wenn der Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht betraf, die Stellung eines Verwahrers, welcher die Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus §§ 273, 274 hat. ➛ Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist wegen der Verkaufsbefugnis auf Grund des § 371 HGB. in Wahrheit Pfandrecht. ⟵

b) Das RG. Straff. III 14. 4. 04 **37** 118 ff., BraunschZ. **51** 137 ff., hält nach nochmaliger eingehender Würdigung an seiner früher (RG. Straff. **35** 113, JDR. **1** Ziff. 3 b) vertretenen Auffassung über das vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Sachen trotz der in der Literatur dagegen geltend gemachten rechtlichen Bedenken fest und führt noch ergänzend aus: Daß in den §§ 559 ff., insbesondere im § 561 der Gebrauch des Wortes „Zurückbehaltungsrecht" absichtlich vermieden worden, beweist nichts für die rechtliche Unzulässigkeit eines dem Vermieter von seinem Mieter bestellten Zurückbehaltungsrechts. § 561 normiert nur die aus dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters fließenden Befugnisse desselben, Sperrrecht und Zurückbehaltungsrecht lassen sich aber nicht ohne weiteres miteinander identifizieren und vermengen. Wird die vertragsmäßige Begründung eines Zurückbehaltungsrechts an den eingebrachten Sachen des Mieters überhaupt für rechtlich zulässig und möglich erachtet, so stehen der Ausdehnung dieses Zurückbehaltungsrechts auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen Bedenken nicht entgegen. Es mag sein, daß die sozialpolitischen Erwägungen und Rücksichten, welchen diese Rechtsnorm ihre Entstehung verdankt, bei diesem Rechtsstandpunkte nicht auf ihre Rechnung kommen, derartige Rücksichten allein aber können bei der Auslegung der im übrigen völlig klaren Gesetzesvorschriften nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. (Vgl. o. Ziff. 4 a zu § 273.)

3. OLG. **9** 297 (Celle): Das Vermieterpfandrecht erlischt nicht durch Veräußerung des Grundstücks. A. M. Fuld, Mietrecht 197.

§§ 559, 561. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 55: Beim Vermieterpfandrecht ist als der für die Frage der Unentbehrlichkeit und daher Unpfändbarkeit eingebrachter Sachen maßgebende Zeitpunkt die Zeit der Einbringung der Sachen in die gemietete Wohnung anzusehen.

§ 560. 1. Stellung des Vermieters anderen Pfandgläubigern des Mieters gegenüber (JDR. **2** Ziff. 3).

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **03** 290: Auf diese Vorschrift können sich auch dritte Personen, insbesondere pfändende Gläubiger des Mieters, berufen. (Ebenso LG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 203.)

2. Die Entsch. d. OLG. Cöln (JDR. **2** Ziff. 3 b zu § 560) findet sich jetzt in extenso PuceltsZ. **35** 39 ff.

§ 561. 1. *Martinius, AzivPr. **96** 123, 141: Die Rechte aus § 561 hat Vermieter in betreff der unpfändbaren eingebrachten Sachen des Mieters auch dann nicht, wenn sie ihm Mieter durch Vertrag (ohne Übergabe) ausdrücklich verpfändete oder ihm daran durch Vertrag (ohne Übergabe) ein Zurückbehaltungsrecht einräumte.

2. Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2 (JDR. **2** Ziff. 2).

a) *Karsten, R. **04** 440: Die in dieser Vorschrift bezeichnete Ausschlußfrist von einem Monat gilt auch für den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der anderweit gepfändeten und versteigerten Illaten des Mieters (§ 805 ZPO.) und des nach Auszahlung des Erlöses an einen anderen noch gegebenen Bereicherungsanspruchs, weil der Abs. 2 des § 561 die Rechte des Vermieters für den Fall bestimmt, daß es zur unmittelbaren Ausübung des im Abs. 1 erörterten Selbsthilferechts nicht gekommen ist, und weil aus dem Umstande, daß im ersten Satze des Abs. 2 nur von der Entfernung der Sachen „ohne Wissen" oder „unter Widerspruch" des Vermieters die Rede ist, nicht zu folgern ist, daß die nachfolgende Bestimmung im zweiten Satze nicht auch für den dritten möglichen Fall der Vereitelung des Selbsthilferechts gelten soll, in welchem ein Widerspruch des Vermieters gesetzlich nicht zugelassen ist.

Der Gesetzgeber kann nicht beabsichtigt haben, dem in ein Vorzugsrecht am Erlöse verwandelten Pfandrecht eine stärkere Kraft zu verleihen als dem unverwandelten, und den Vermieter, dessen Widerspruch gegen die Entfernung der Sachen tatsächlich erfolglos geblieben ist, schlechter zu stellen, als denjenigen, dessen Widerspruch aus einem rechtlichen Grunde unterblieben ist bzw. nicht beachtet werden durfte.

Für die oben bezeichnete Bereicherungsklage muß dasselbe gelten, weil Bereicherung auf Kosten des Vermieters nicht vorliegen kann, wenn dieser auf den Erlös aus den obigen Gründen keinen Anspruch hatte.

Unter „gerichtlicher Geltendmachung" ist jeder auf die Durchsetzung des verwandelten Pfandrechts abzielende Schritt bei Gericht zu verstehen, also nicht nur die Klagerhebung, sondern z. B. auch der Antrag bei Gericht auf Hinterlegung des Erlöses. (Vgl. hierzu IDR. **2** Ziff. 4 zu § 561.)

b) OLG. **9** 298 ff. (Hamburg), NaumbAK. **04** 81 ff.: Die §§ 560, 561 setzen voraus, daß dem Vermieter ein Widerspruchsrecht zusteht; sie versagen also im Falle des § 805 ZPO., in dem ein Widerspruchsrecht gesetzlich abgesprochen ist. § 560 wie § 561 spricht vom Verhältnisse zwischen Vermieter und Mieter, es lag deshalb keine Veranlassung vor, auf sein Verhältnis zum Pfändungspfandgläubiger, wie es in § 805 ZPO. geregelt, hier zurückzukommen (299). Es ist mit dem Zusammenhange der Bestimmungen und dem Inhalt unvereinbar, den Abs. 2 des § 561 auf den im § 805 ZPO. geregelten Fall auszudehnen (300). Ebenso auch LG. I Berlin, KGBl. **04** 66 ff. Weder für die Klage des Vermieters aus § 805 ZPO. noch für eine Bereicherungsklage gegen den Pfandgläubiger, an den der Erlös bereits ausgezahlt ist, gilt die in § 561 Abs. 2 bestimmte Frist.

c) OLG. Stettin, PosMSchr. **04** 52: Dem Vermieter steht gegen Pfändungsgläubiger des Mieters, welche Sachen des Mieters zur Versteigerung gebracht und den Erlös erhalten haben, ein Bereicherungsanspruch zu, und zwar auch nach Ablauf der im Abs. 2 gedachten Monatsfrist, wenn die Gegenstände bis zur Versteigerung in der Mietwohnung geblieben sind.

d) Klein, R. **04** 73: Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters unterliegt im Falle einer Pfändung der eingebrachten Sachen durch einen Gläubiger des Mieters nicht der einmonatigen Ausschlußfrist.

§ 564. 1. Kündigung von mit Eheleuten abgeschlossenen Mietverträgen. (Vgl. o. zu § 432.)

a) *Kallmann, KGBl. **04** 77: Haben Eheleute als Mieter einen Mietvertrag geschlossen und ergibt dessen Auslegung, daß die Zuziehung der Frau nur erfolgte, um die Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnisse zu sichern, so ist Kündigung an und durch den Mann zur Aufhebung des Mietverhältnisses genügend. Denn die Eheleute sind bezüglich der Rückgewähr der Wohnung Gesamtschuldner (§ 431), nnd die Kündigung wirkt für und gegen beide, weil diese Wirkung sich aus dem Schuldverhältnis ergibt (§ 425). Auch die bloße Vertragsauslegung führt zu diesem Ergebnis. ⟶ Ebenso ist anzunehmen, daß das Recht der Erben des Mannes, bei dessen Tod, bei seiner Versetzung das Mietverhältnis zu kündigen, durch die Zuziehung der Frau nicht beseitigt wird, sofern nicht die Umstände ein anderes ergeben. ⟵ Kündigung der Frau allein bewirkt, sofern sie nicht gegen Treu und Glauben verstößt, ihr Ausscheiden aus dem Mietverhältnisse (§ 425).

b) KG., OLG. **9** 301, KGBl. **04** 95 ff.: Ist eine Wohnung von Eheleuten gemeinschaftlich gemietet worden, so ist die allein durch den Mann erklärte Kündigung gültig, wenn anzunehmen ist, daß dieser die Kündigung nicht allein für sich, sondern gleichzeitig als Bevollmächtigter seiner Frau abzugeben beab-

sichtigt hat und dieser Wille dem anderen Teile ausreichend erkennbar gewesen ist. (Vgl. über diese Frage auch LG. Berlin, KGBl. **04** 73.)

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 112ff.: Wer eine Abweichung von den gesetzlichen Kündigungsbestimmungen behauptet, sei es den Ausschluß der Kündbarkeit überhaupt oder für eine gewisse Zeit oder die Vereinbarung längerer oder kürzerer Kündigungsfristen, muß dies beweisen. ⇝ S. jetzt auch ebenso **RG. 57** 47, 50. ⇜ Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 595.

3. Über die Bedingbarkeit der Erklärung vgl. Bruck, o. Ziff. 1 zu § 158.

§ 565. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 135: Wenn lediglich monatliche Kündigung vereinbart ist, ohne daß besondere Umstände für eine weitergehende Absicht der Vertragschließenden sprechen, so ist hierunter die gesetzliche monatliche Kündigungsfrist des § 565 und nicht die Kündigungsfrist eines vollen Kalendermonats zu verstehen.

§ 566. 1. *Buck, Gruchots Beitr. **48** 723ff.

a) Nur die Eingehung eines auf mehr als ein Jahr berechneten Mietvertrags bedarf der Schriftform.

b) Die Aufhebung kann nach allgemeinen Grundsätzen formlos erfolgen.

c) Dagegen bedarf jede Abänderung des Vertragsinhalts der Schriftform, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie accidentalia oder essentialia negotii, erhebliche oder minder erhebliche Punkte betrifft, also z. B. auch der größern oder geringern Herabsetzung des Mietzinses. Daß jede Abänderung — sofern nicht in ihr ein formlos zulässiger Erlaß zu erblicken — formbedürftig ist, folgt daraus: Wenngleich § 566 nicht den Schutz der Parteien bezweckt, sondern den des Erwerbers des Mietgrundstücks, so finden doch infolge der allgemeinen Fassung des § 566 die allgemeinen Grundsätze des BGB. über die Abänderung der im Interesse der Parteien an eine Form gebundenen Verträge soweit Anwendung, als sich nicht aus § 566 selbst ein anderes ergibt. Nach **RG. 51** 181 aber muß bei formbedürftigen Verträgen jede, auch die geringfügige Abänderung sowohl der Essentalien wie der Akzidentalien formgerecht geschlossen werden, da solche Abänderung lediglich an Stelle der ursprünglichen Vereinbarungen tritt und letztere sämtlich unter Formzwang stehen. (Mot. I 182, 183 § 91.) Mündliche Abänderungen eines schriftlich geschlossenen mehrjährigen Mietvertrags, z. B. Erhöhung oder Herabsetzung des Mietzinses, sind nun aber nicht ungültig, denn sie können nicht strenger behandelt werden, wie der Mietvertrag selbst; sie gelten vielmehr, da auf sie nicht § 125, sondern § 566 Anwendung findet, auf unbestimmte Zeit so lange, bis eine der Parteien von ihrem Kündigungsrechte Gebrauch macht. Geschieht dies, so werden nicht nur die formlos getroffenen Abänderungen hinfällig, sondern der ganze Vertrag, sofern nicht die Parteien den Vertrag auch ohne dieselben aufrechterhalten wissen wollten (§ 139).

2. *Altvater, AzivPr. **95** 392 ff.: Ein Pachtabstand (vgl. o. Ziff. 3 zu § 415) ist, auch wenn er sich auf eine mehrjährige Pachtzeit bezieht, formlos gültig.

3. *Helmer, DJZ. **04** 1034: Mangel der schriftlichen Form hat in erster Linie gemäß § 154 Abs. 2 BGB. die Folge, daß der Mietvertrag nicht als abgeschlossen gilt; erst wenn der Abschluß feststeht (z. B. infolge Antritts der Miete), kommt bezüglich der Wirkung § 566 Satz 2 BGB. in Betracht.

4. Aus der Praxis.

a) OLG. Braunschweig, R. **04** 334 Nr. 1481: Ist ein Mietvertrag über eine Wohnung für längere Zeit als ein Jahr ohne Beobachtung der schriftlichen Form geschlossen, und sind besondere Nebenberedungen (z. B. über erhebliche bauliche Änderungen) getroffen, auf die sich der Vermieter ohne die längere Mietdauer nicht eingelassen und ohne welche der Mieter nicht gemietet haben würde, so ist nicht lediglich nach der besonderen Bestimmung des § 566

die verabredete Zeitdauer für sich allein nichtig und aus dem Vertrage auszulösen, sondern mit der Zeitbestimmung fallen auch die Verpflichtungen aus den Nebenberedungen hinweg, und es ist nun zu prüfen, ob nicht gemäß § 139 der ganze Mietvertrag für nichtig zu erachten ist.

OLG. **8** 397: Ist auf Grund vorhergegangener mündlicher Verhandlungen ein Vertrag schriftlich beurkundet, so ist das schriftlich Fixierte so lange allein maßgebend und gelten die vorangegangenen Abreden dadurch so lange als modifiziert, als nicht besondere Umstände dargetan werden, die darauf hindeuten, daß bei der schriftlichen Abfassung ein Irrtum untergelaufen ist.

b) OLG. **9** 303 (Frankf.), FrankfRundsch. **38** 146: Satz 2 enthält nur einen Auslegungsrechtssatz als Ausnahme von dem allgemeinen Auslegungsrechtssatz des § 139. Ein formloser Mietvertrag ist mithin ganz nichtig, wenn die Parteien ihn nicht auf kürzere Dauer abschließen wollten.

§ 568. *Rosenberg, AzivPr. **94** 26: Wer die stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses behauptet, hat nur die Fortsetzung des Gebrauchs zu beweisen. Der Gegner muß die Erklärung des entgegenstehenden Willens binnen 2 Wochen dartun.

§ 569. KG., DJZ. **04** 868, KGBl. **04** 82: § 569 enthält kein zwingendes Recht, sondern kann durch Vereinbarung der Vertragschließenden abgeändert werden. Vgl. in demselben Sinne JDR. **1** zu § 569 a. E.

§§ 569—71. *Erman, DJZ. **04** 683f.: Statt: Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, „für den sie zulässig ist," ist zu lesen: „für den sie — bei durchschnittlicher Geschäftskenntnis und Geschäftsgewandtheit — den Umständen nach zu beschaffen war".

§ 570. 1. *Winter erörtert im R. **04** 547 die Frage: Wie stellt sich der preußische Fiskus hinsichtlich der Mietzinsvergütung einem versetzten Beamten gegenüber, der die Anwendung des § 570 BGB. ausschließende Vertragsvereinbarungen getroffen hat? Er führt zunächst aus, daß § 570 dispositive Norm sei, daß infolge des immer engeren Zusammenschlusses der Hausbesitzervereine usw. mehr und mehr von den Vermietern die Aufnahme eines die Anwendung des § 570 ausschließenden Paragraphen in den Mietvertrag nach dem Vorbilde des Formulars des Leipziger Zentralverbandes der Haus- und Grundbesitzervereine Deutschlands gefordert wird, und daß in manchem kleineren Orte der Beamte eine Wohnung ohne ausdrücklichen Verzicht auf sein Sonderrecht überhaupt nicht mehr finden kann. Er bespricht andererseits die auf den Bestimmungen des ALR. fußenden Vorschriften des § 4 Abs. 2 des preuß. Umzugskostengesetzes vom 24. 2. 77 und wünscht eine zeitgemäße Änderung derselben in dem Sinne, daß den Beamten ein Rechtsanspruch auf weitergehende (über die jetzt gesetzte Grenze vom 9 Monaten hinaus zu gewährende) Mietentschädigung gegeben wird.

2. Salinger, DJZ. **04** 595, 596: Ist das Mietverhältnis, das zur Aufhebung gebracht werden soll, zur Zeit des Kündigungstermins zwar vertraglich festgelegt, läuft es aber tatsächlich noch nicht, so kann der versetzte Beamte es nicht auf Grund des § 570 aufheben. Man wird ihm jedoch in solchem Falle ein Kündigungsrecht mit Rücksicht auf die Versetzung für den ersten gesetzlichen Kündigungstermin einräumen müssen, nachdem der Mietvertrag seinen Anfang genommen hat, auch wenn die Versetzung mehr als ein Kalenderquartal zurückliegt.

3. Begriff der Versetzung.

OLG. Dresden, FischersZ. 28 199 ff., SächsOLG. **26** 80: Das Wort „Versetzung" ist im weiteren Sinne zu verstehen; das durch ihn geschaffene Rechtsprivileg des Beamtenstandes muß überall Platz greifen, wo die Nötigung zur

Veränderung des Wohnsitzes durch die Verhältnisse des Amtes gegeben ist, gleichviel von wem oder auf welchem Wege die Berufung zu dem neuen Amte bewirkt wird, ob sie von einer vorgesetzten Behörde kraft ihres freien Versetzungsrechts verfügt wird oder ob ihr im einzelnen Falle eine Bewerbung vorausgegangen ist (202).

Auf demselben Standpunkt steht LG. Breslau, BreslAK. **04** 51 ff., welches auch in dem Übergang aus einem Staats- in ein Kommunalamt eine „Versetzung" erblickt.

§ 571. 1. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 1 ff., OLG. **7** 467 ff.: § 571 verpflichtet den Erwerber nicht, auch solche Teile des Mietvertrags seines Vorgängers einzuhalten, welche einen Kaufvorvertrag enthalten. (Diese Entsch. ist in ihrer weiteren Begründung bereits JDR. **2** Ziff. 2 a wiedergegeben.)

2. Die Revision gegen die im JDR. **2** Ziff. 2b wiedergegebene Entscheidung ist vom RG. verworfen worden; vgl. HansGerZ. **04** Beibl. 119.

3. Über die Anwendung des § 57 ZVG. vgl. mit § 571 Abs. 1 und § 580 BGB., wenn bei einheitlich gefaßtem Mietvertrage nur ein Teil der gemieteten Räume dem Mieter überlassen war, handelt OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 152—158.

§ 572. *Nissen, Ein Beitrag zu § 572, JW. **04** 545: Das Rechtsverhältnis, welches durch den Erwerb eines Mietgrundstücks auf Grund der §§ 571, 572 begründet wird, läßt keine Folgerung zu, daß mit Eintritt eines der Tatbestände des § 572 Satz 2 die für den Erwerber eintretende Pflicht zur Rückgabe der Sicherheit gleichzeitig für den Vermieter erlösche oder auch nur modifiziert werde.

Wird aber ein auf bestimmte Zeit ohne das Erfordernis vorgängiger Kündigung geschlossener Grundstücksmietvertrag von dem Dritten, der inzwischen das Eigentum am Grundstück und den Besitz der Sicherheit erlangt hatte, nach Ablauf der Zeit mit dem Mieter, der die Sicherheit dem Dritten beläßt, fortgesetzt, so stellt sich diese Fortsetzung als ein neuer Mietvertrag dar und die Sicherheit hat, wofern Verpflichtungen des Mieters aus dem früheren Vertrage nicht mehr bestehen, in Ansehung dieses seine Erledigung gefunden und muß für die Verbindlichkeiten aus dem neuen Mietverhältnisse als von neuem bestellt angesehen werden; diese Sachlage aber beendet die Sicherheitsrückgabepflicht des ursprünglichen Vermieters.

§ 573. I. Bezieht sich § 573 auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen? (JDR. **2** zu § 573).

1. Die Stellungnahme des RG.

RG. V. 28. 5. 04, **58** 181 ff., JW. **04** 407: Die Vorschrift des § 573 Satz 1 bezieht sich auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung getroffenen Verfügungen (181). Es fehlt an einem inneren Grunde, der dazu berechtigen könnte, unter Verfügung hier nur eine rechtsgeschäftliche Verfügung zu verstehen, denn der Erwerber hat seinen Rückgriff auf den Veräußerer in gleicher Weise dann, wenn die Vorausverfügung über den Mietzins durch Zession geschah, wie auch dann, wenn sie durch Zwangsvollstreckung herbeigeführt worden ist (183).

In gleichem Sinne **RG.** III. 20. 9. 04, JW. **04** 552, R. **04** 602. (Ebenso auch OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 39 ff.; a. M. LG. Nordhausen mit eingehender Begründung, NaumbAK. **04** 51 ff.).

2. Äußerungen aus der Literatur.

a) *Th. Wolff, Gruchots Beitr. **48** 255 ff., führt aus, daß auch die Pfändung im Umfange des § 573 wirksam bleibt.

b) *Seligsohn, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügungen unter Lebenden 60 ff., empfiehlt folgenden Zusatz zu § 573: Der § 573 bezieht sich auch

auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen. Die dagegen geltend gemachten Gründe sind nicht durchgreifend. Die aktive Form ist nicht entscheidend. Sie befindet sich auch in anderen Bestimmungen, deren Auslegung nicht zweifelhaft ist. Durch Einbeziehung der „im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden" Verfügungen erfährt der § 573 keine ausdehnende, vielmehr eine einschränkende Interpretation.

Wirtschaftliche Erwägungen zugunsten des Vermieters sind, wie aus den Materialien zum BGB. hervorgeht, nicht allein bei Abfassung des Paragraphen maßgebend gewesen.

c) Dagegen ist Cohen, DJZ. **04** 499/500, der Ansicht, daß § 573 sich nicht auch auf Zwangsvollstreckungen bezieht. Die Überweisung nach § 836 ZPO. ersetzt nur diejenigen förmlichen Erklärungen, von welchen die Berechtigung der Einziehung der Forderung abhängt, nur soweit ein dem Schuldner zustehendes Recht durch die Pfändung getroffen wird, soll die Überweisung für die Legitimation des pfändenden Gläubigers zur Einziehung genügen. — Betreffs der während der Eigentumszeit des Grundstückserwerbers laufenden Mieten trifft eine Pfändung für den früheren Eigentümer nichts, was dem Schuldner gehört.

d) Entgegen dem RG. hält *Bendix, DJZ. **04** 857, daran fest, daß die Vorschrift des § 573 sich auf die Pfändung des Miet- und Pachtzinses nicht bezieht. Aus § 571 erhellt, daß von dem Momente der Grundstücksveräußerung an der Erwerber den Mietzins auf Grund seines Eigentums aus eigenem Rechte zu fordern hat (Brückner, Miete 126). Der Grundstückserwerber hat während der Dauer seines Eigentums auch nach der passiven Seite die sich aus dem Mietverhältnisse ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen, insbesondere dem Mieter den Mietgegenstand zu gewähren. Soweit dem Mieter hiernach ein Recht zu Lasten des Grundstückserwerbers eingeräumt ist, muß diesem auch ein unabhängiges, selbständiges Recht auf das Äquivalent als notwendiges Korrelat zustehen, die Mietzinsforderung „gehört" mithin von der Grundstücksveräußerung an dem Erwerber des Grundstücks „nicht aus der Person seines Vormanns, sondern qua sua persona" (Oertmann, Anm. 2b zu § 571). Sie hat aber auch nicht etwa vor der Veräußerung für die Zeit des Eigentums des Erwerbers dem Vermieter zugestanden, da sie nur die Gegenleistung für den Gebrauch der Mietsache bildet, dem Vermieter aus dem Vertrage nur unter der Voraussetzung des Fortbestandes seines Eigentums und der Gewährung dieses Gebrauchs, also nur gebührt, sofern und solange er seinerseits die Verpflichtungen aus dem Vertrag erfüllt und erfüllen kann. Das Mietverhältnis erfährt aber mit der Übergabe des Grundstücks an den Mieter „die Umwandelung, daß die Rechte und Pflichten des Vermieters von da an mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbunden sind, das Mietverhältnis also insoweit zu einem an einen Zustand geknüpften Schuldverhältnisse wird" (Realobligation). Hieraus erhellt, daß die vor der Grundstücksveräußerung gegen den Vermieter für die Folgezeit ausgebrachte Pfändung nicht seine Forderung, sondern eine Forderung des Grundstückserwerbers betrifft. Eine solche Pfändung aber erscheint gegenstandslos und deshalb unwirksam, da die das Prinzip des § 571 im Interesse der Bewegungsfreiheit des Vermieters durchbrechende Ausnahmevorschrift des § 573 in Rede nicht ausdehnend interpretiert werden darf.

II. Vgl. auch u. zu § 577.

§ 577. OLG. **8** 399 (Dresden): Obwohl § 577 offenbar nur das Verhältnis des Mieters zum Dritten regeln will, dem eine mit dem Mietrecht unverträgliche Belastung eingeräumt ist, so berechtigt doch die Nichtausschließung des § 573 von der Bezugnahme (§ 577 Satz 1) zu dem Schlusse, daß das Gesetz durch § 577 den § 573 im Falle der Belastung des Grundstücks auch auf

das Verhältnis des Eigentümers bzw. Vermieters zum Erwerber der Belastung angewendet wissen will (400).

§ 580. Lafrenz, DJZ. **04** 159: Die Miete eines Banksafe ist als wahre Miete eines Raumes anzusehen (vgl. hierüber näheres JDR. **1** zu § 580 a. E.).

II. Pacht.

§ 581. 1. Josef, R. **04** 477/78: Hindert ein die Pachtsache selbst treffendes Ereignis den Pächter lediglich daran, von seinem Aneignungsrechte Gebrauch zu machen, so steht dieses Ereignis einem lediglich die Früchte treffenden gleich, der Pächter hat daher die Pacht zu zahlen.

2. *Bartelt, R. **04** 410: Der Verpächter kann den vollen Pachtzins nur verlangen, wenn er während des ganzen Pachtjahres die Möglichkeit des Fruchtgenusses und den Gebrauch des gepachteten Gegenstandes gewährt. Eine Überschwemmung des Pachtgrundstücks macht den Gebrauch desselben und den Genuß der zur Zeit des Eintritts der Überschwemmung auf dem Grundstücke stehenden Früchte unmöglich. Pachtzins ist also nicht oder nur nach §§ 472, 473 zu zahlen. Hagelschlag ꝛc. hebt weder die Gebrauchsfähigkeit des Pachtgrundstücks noch die Möglichkeit eines Fruchtgenusses auf. (A. M. Josef, s. o. zu Ziff. 1.)

3. Aus der Praxis.

a) KGJ. **27** B 6: Ein sogenannter „Kalisalzvertrag“ des Inhalts, daß der Unternehmer das Recht auf die Nutzung der in gewissen Grundstücken etwa vorkommenden Kali- und sonstigen Salze nebst Solquellen und auf die Ausführung der zu deren Gewinnung erforderlichen Bohrungen sowie auf den Ankauf der zu den Förderungsanlagen nötigen Landflächen erwirbt, ist als Pachtvertrag mit einem Kaufvertrag aufzufassen.

b) **RG.** R. **04** 18: Ob ein Vertrag, durch den ein Grundstück zur Ausbeutung von Ton überlassen wird, Pachtvertrag oder Kaufvertrag ist, ist im einzelnen Falle Sache der Auslegung.

Über die Frage, ob ein Vertrag, durch den jemand gegen Entgelt das Recht eingeräumt wird, in dem Saale eines Etablissements zwei Kioske zu haben und Zigarren und Ansichtskarten feilzuhalten, als ein Pacht- oder Mietvertrag anzusehen ist, handelt OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 211.

§ 588. *Sprenger, Eigentumserwerb durch Einverleibung in ein Inventar, Rostock. rechtsw. Studien III Heft 1: Nach dem Schlußsatze des Abs. 2 findet ein Eigentumsübergang an Inventarstücken auf den Verpächter mit dem Akte der Einverleibung statt. Gleichartige Bestimmungen enthalten die §§ 1048 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2; 1378, 2111 Abs. 2; sowie analoge die §§ 589 Abs. 2, 594 Abs. 1 BGB.

Diese Vorschriften, die sämtlich einen Eigentumsübergang regeln, sind alle nur Ausflüsse des einheitlichen Rechtsgedankens, daß der Eigentümer einer wirtschaftlichen Einheit auch an den Inventarstücken derselben Eigentum erwirbt, die ein anderer, der diese wirtschaftliche Einheit verwaltet und deren Früchte zieht, anstelle abgegangener oder sonst nicht mehr im Gesamtinventar vorhandener Stücke anschafft resp. diesem einverleibt.

Um den diesem Rechtsgedanken zugrunde liegenden sozialen Zwecken möglichst zur Verwirklichung zu verhelfen, hat das BGB. den Eigentumsübergang auf dem Gesetze selbst gegründet, während er nach gemeinem Rechte lediglich auf Parteivereinbarung zurückzuführen war. Nach heutigem Rechte vollzieht sich der Eigentumsübergang auch trotz gegenteiligen Willens des Pächters. Daher erscheint von vornherein jede Konstruktion, die dem Eigentumswechsel eine Parteivereinbarung zugrunde legt, als nicht zutreffend, wenn auch die juristische Möglichkeit einer solchen Konstruktion als gegeben erscheint. An sich könnte man den Eigen-

tumsübergang sehr wohl mit Fischer-Henle so konstruieren, daß man den Pächter als Bevollmächtigten des Verpächters ansieht, der das Rechtsgeschäft — ein constitutum possessorium — als solcher mit sich selbst abschließt.

Wenn das BGB. den Übergang des Eigentums auf dem Gesetz als solchem gründet, so handelt es sich hier doch keineswegs um absolute Rechtsnorm, sondern um solche ergänzender, dispositiver Natur. Das Eigentum geht über auf Grund positiver Gesetzesvorschrift und zwar positiver Sondervorschrift, nicht etwa kraft allgemeinen Surrogationsprinzips oder einer Pertinenzqualität der Inventarstücke.

§ 593. Über den Begriff „Landgut" vgl. **RG.** o. Ziff. 2 zu § 98.

§ 594. Vgl. Sprenger o. zu § 588.

§ 595. 1. Landesrechtlich gemäß § 113 EG. besteht in Preußen ein besonderes Kündigungsrecht des Pächters für den Fall einer Umlegung der Pachtgrundstücke in einem Zusammenlegungsverfahren: *Spieß, ZBlFrG. **4** 661.

2. *Betzinger, Beweislast (2) 164, 147 ff., 13a: Die Beweislast trifft denjenigen, der eine dieser Dispositivnorm entgegengesetzte Vereinbarung einer (längeren oder kürzeren) Kündigungsfrist oder Pachtdauer ꝛc. behauptet. Betzinger, Entscheidungen zur Beweislast (2) Nr. 198, 195.

Über Rosenberg vgl. o. Ziff. 2 zu § 564.

3. OLG. Hamburg, R. **04** 334: Tritt jemand in die von einem Dritten gepachteten und noch zu pachtenden Jagden als Jagdgenosse gegen einen jährlichen Beitrag ein, so ist eine solche Vereinbarung nicht als ein Gesellschaftsvertrag, sondern als eine Art Pachtvertrag anzusehen. Ein solcher kann bei unbestimmter Pachtzeit auch beim Tode eines Kontrahenten in Ermangelung ausdrücklicher Vereinbarung von den Erben nur in Gemäßheit des § 595 gekündigt werden. Wenn man in Fällen, in denen das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann, auch eine Kündigung vor Beginn der Pachtzeit für zulässig halten will, so könnte jene doch jedenfalls nicht auf den Tag des Beginns der Pachtzeit erfolgen.

Vierter Titel. Leihe.

§§ 598 ff. 1. Kuhlenbeck, JW. **04** 226 ff: a) Der Leihvertrag ist auch heute ein Realvertrag, die aus ihm entspringenden Verpflichtungen beginnen erst, wenn dem Entleiher wirklich der Gebrauch der Sache überlassen ist. Das pactum de commodando unterfällt nicht den §§ 598 ff. und ist nur bindend und klagbar, wenn es in der Absicht gegeben ist, sich rechtlich zu binden und nicht eine bloße gesellschaftliche Gefälligkeitszusage war. §§ 305 ff. sind maßgebend, nicht aber §§ 320 ff.; als ein liberaler Akt hat es eine gewisse Analogie mit der Schenkung, so daß § 521 hinsichtlich Erfüllung des Versprechens anwendbar sein dürfte. Der Leihvertrag selbst ist ein gegenseitiger Vertrag. Eine entgeltliche Leihe (von Aktien) kennt HGB. § 318. Ist der Leihvertrag zwar stets ein Speziesgeschäft, so können doch auch vertretbare Sachen geliehen werden. S. auch **RG. 13** 127: Inhaberpapiere zur Sicherstellung wegen einer vom Empfänger zu übernehmenden Kaution: Ob leih- oder darlehnsweise Hingabe, hängt von der Vereinbarung ab. Für Darlehen streitet keine Rechtsvermutung. Der Annahme eines Leihvertrags steht nicht entgegen, daß die Papiere zum Zwecke einer Verpfändung geliehen sind. — S. ferner **RG. 36** 161 ff.: Kuxschein zum Zweck der Verpfändung (Gebrauchsleihvertrag). Rechte sind heute nicht mehr verleihbar (§ 90). Es sind aber auf die unentgeltliche Überlassung der Nutzung eines Rechtes, also z. B. eines Patentrechts (Lizenz), die Grundsätze des Leihvertrags entsprechend anzuwenden. —

b) Besonderes über die Bittleihe 228/9. In diesen Fällen erlangt der Bittleiher keinen Besitz, sondern es tritt lediglich das Verhältnis des § 855,

momentanes Detentionsverhältnis (v. Ihering) ein (Operngucherleihe an den Nachbar im Theater, Erlaubnis, eine Sache zu besichtigen usw.). Bei Weigerung der Rückgabe sind hier nicht die §§ 598 ff., insbes. 599 anzuwenden. Es liegt kein Vertragsverhältnis vor. §§ 823 ff. bei außerkontraktlichem Verschulden; dem Eigentümer stehen die Rechtsbehelfe des Besitzers zu.

2. Aus der Rechtsprechung.

a) **RG.** IW. **04** 154: An sich ist ein Leihvertrag kein Abzahlungsgeschäft, es bedarf u. U. einer Feststellung darüber, ob sich in dem Leihvertrag ein Parteiwille versteckt, der in Wahrheit darauf abzielt, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer andern Rechtsform zu erreichen (§ 16).

b) OLG. **9** 304/5 (Colmar): Erteilt ein Hauseigentümer der Unternehmerin einer elektrischen Anlage die Erlaubnis, seine Dächer durch ihre Arbeiter zur Vornahme von notwendigen Arbeiten an dieser Anlage betreten zu lassen, so kommt dadurch ein Leihvertrag zwischen ihnen bezüglich des Daches zustande. Für bei Ausführung der Arbeiten vorkommendes Verschulden ihrer Arbeiter haftet die Unternehmerin gemäß § 278.

Fünfter Titel. Darlehen.

Vorbemerkung: Grundlegende und umfassende Arbeiten fehlen. Nur eine Reihe von Einzelfragen sind zum Austrag gelangt (Natur der Lohnvorschüsse, Beweislast bei schriftlichem Empfangsbekenntnis, Zurückgreifen auf den ursprünglichen Schuldgrund im Falle des § 607 Abs. 2). Kuhlenbeck erörtert unter dem Gesichtspunkt des § 610 und bekämpft dabei die Ansicht des RG., daß der Darlehensempfänger nicht verpflichtet sei, mangels besonderer Abrede dem Darleiher erste Hypothek zu verschaffen.

§ 607. I. Allgemeines.

1. Kuhlenbeck, Das Darlehen, IW. **04** 377 ff.: Das Darlehen ist ein Realvertrag. Davon verschieden ist das pactum de mutuo dando, für das § 610 gilt, s. weiteres unten zu § 610. S. auch IDR. **1** Ziff. 1 Abs. 2, zu § 607 I 1.

2. Natur der Lohnvorschüsse. S. IDR. **1** § 614, **2** § 607 zu I Ziff. 4.

a) Kuhlenbeck, IW. **04** 402 über den Begriff des „Vorschusses". In der Regel handelt es sich lediglich um eine Vorausleistung in Erwartung von Gegenleistungen, so daß nicht die Darlehensklage, sondern die condictio indebiti oder ob causum datorum entspringt (§§ 813, 814, 815), doch kann eine Vorschußleistung auch als Darlehen gewollt sein, so daß demnächstige Aufrechnung mit künftigen oder künftig fällig werdenden Forderungen in Aussicht gestellt ist: z. B. bei einem auf besondere Bitte gewährten Vorschuß auf eine noch nicht fällige Gehaltsrate.

b) GewG. **9** 120 (Hamburg): Der Arbeitgeber will durch die vorläufige Unterlassung der Anrechnung von Lohnvorschüssen infolge besonderer Bitte des Arbeiters nichts weiter konzedieren, als eben diese vorläufige Unterlassung; es liegt ihm fern, in eine Änderung des Rechtsverhältnisses (Darlehens-Novation) zu willigen, welche den Arbeiter berechtigen würde, eine Abarbeitung der vorgeschossenen Beträge zu verweigern und den Arbeitgeber wegen seiner Forderung auf spätere freiwillige Rückzahlung zu vertrösten. Vorschüsse sind „im voraus bezahlte Arbeitslöhne".

3. Über den Unterschied zwischen Zession nnd Darlehen in bezug auf §§ 302a, 302c StGB. s. oben zu § 398 Ziff. 5.

II. Abs. 2. S. IDR. **1** zu § 607, **2** zu II.

1. OLG. Zweibrücken, R. **04** 361 Nr. 1634: Der novierende Vertrag nach § 607 setzt die einwandfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld voraus und schließt deshalb an sich ein Zurückgreifen auf das frühere Schuldverhältnis

nicht aus. Ist aber in ihm vereinbart, daß der Schuldner auf erstmaliges Verlangen und ohne Einrede zu bezahlen habe, so liegt darin ein Verzicht des Schuldners auf den materiellen Einwand, daß die Schuld nicht oder nicht in dem durch die Urkunde verbrieften Umfang entstanden sei.

2. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 178 ff.: Durch eine nach Abs. 2 zulässige Vereinbarung, durch die eine Wechselschuld in eine Darlehnsforderung umgewandelt wurde, ist die Wechselschuld nicht aufgehoben worden, da der Zweck der Vereinbarung in der Feststellung und formellen Vereinigung der mehrfachen Schuldverbindlichkeiten behufs deren Sicherung durch eine einheitliche Hypothek, also nicht in der Beseitigung der unterliegenden Schuldverhältnisse bestanden hat, zumal dies selbst im Zweifel nicht als die Absicht der Parteien auzunehmen wäre (§ 364). Behufs Anfechtung der Hypothekenforderung ist daher ein Zurückgreifen auf den ursprünglichen Schuldgrund möglich. Immerhin aber hat durch das in der Vereinbarung enthaltene Schuldanerkenntnis (§§ 781 Abs. 3, 126) der Gläubiger einen zu seiner Wechselforderung hinzutretenden weiteren Forderungsgrund erhalten, welchen der Anfechtende behufs Beseitigung der Hypothekenforderung zusammen mit der Wechselforderung zu entkräften hat. Dieses Schuldanerkenntnis erscheint auch als eine Leistung im Sinne des § 812 Abs. 2.

3. OLG. Kolmar, ElsLothrJZ. **29** 349, ZBlFrG. **5** 219 Nr. 168: Die Schuld aus der väterlichen Verwaltung kann gemäß § 607 Abs. 2 in eine Darlehnsschuld umgewandelt werden.

4. Nußbaum, Die Damnohypothek, AbürgR. **25** 62 ff. — s. auch oben zu § 247 —: Den Beteiligten steht es frei, zu vereinbaren, daß das Damno bei einer Damnohypothek als Darlehen geschuldet werden soll; hiervon machen sie wohl stets Gebrauch. Ebenso zulässig ist es, bei der Kreierung einer Grundschuld ein Damno zu bewilligen; dies ist hier wie ein abstraktes (dingliches) Schuldversprechen noviert (67).

5. **RG.** JW. **03** Beil. 96 — JDR. **2** zu § 607 Ziff. 8 — s. auch ZBl. FrG. **4** 255/6.

III. Beweislast bei Schuldscheinen.

1. OLG. **9** 223/4 (Hamburg): Der Schuldschein über die nach seinem Wortlaute schon im voraus erfolgte Darlehenshingabe ist nicht bloß eine Beweisurkunde, sondern auch eine selbständige Verpflichtungserklärung auf Verzinsung und Rückzahlung eines Darlehens, und Kläger muß, um ihn zu entkräften und die Herausgabe des Scheines zu erzwingen, nicht nur nachweisen, daß kein Darlehen gegeben, sondern auch, aus welchen Gründen er trotz Nichtauszahlung des Darlehens zur Ausstellung des Schuldscheins geschritten ist.

2. **RG. 56** 237: Das schriftliche Empfangsbekenntnis liefert den Beweis, daß dem Inhaber das als versprochene Darlehen gewährt worden ist, in einer der beiden Formen des § 607.

3. S. ferner **RG. 57** 320—323, JW. **04** 142: Der Klagegrund (§§ 1004, 894), daß für eine Hypothek kein Gegenwert gegeben worden sei, ist nicht schon dadurch bewiesen, daß der Beklagte das Nichtvorliegen eines baren Darlehens zugesteht. Das Gesetz kennt auch Darlehen im weiteren Sinne, das vereinbarte Darlehen. In der schriftlichen Erklärung, in der Hypothek für ein bares Darlehen bestellt wird, liegt ein gültiges Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781, mit dem sich der Aussteller als Schuldner eines Darlehens bekennt. Hierbei ist es unerheblich, wenn in der Urkunde von baren Darlehen gesprochen und nicht die gemäß § 607 Abs. 2 getroffene Vereinbarung erwähnt wird (§ 133).

IV. Besondere Fälle aus Literatur und Rechtsprechung.

1. Krückmann, JW. **04** 442: Wie man den Geldmann-Fall bei Eck-Leonhard 239, 288 — s. das Nähere oben zu § 254 Ziff. 10 d Abs. 1 —

behandeln mag, als Vorvertrag zu dem als Realvertrag betrachteten Darlehen (so Krückmann), oder als Konsensualvertrag — jedenfalls ist der Geldmann kein reiner Geldschuldner, sondern nur verpflichtet, diejenigen Handlungen vorzunehmen, durch die normalerweise ein Darlehensvertrag geschlossen oder als Konsensualvertrag erfüllt wird. Dazu gehört aber regelmäßig, daß der Kreditsucher holt. Aus dem pactum de mutuo dando ergibt sich nur die Verpflichtung, das Geld bereit zu halten. Der Vorvertrag entscheidet nur darüber, daß ein Darlehensvertrag abgeschlossen werden soll, nicht aber wie und nicht, daß er abweichend von der normalen Art abgeschlossen werden soll. Der Gesichtspunkt des Gläubigerverzugs trifft nicht zu, ebenso nicht Geschäftsführung ohne Auftrag, weil kein utiliter gestum negotium vorliegt. Die Ersatzpflicht des Gutsbesitzers steht und fällt also mit seiner Holpflicht. — Ebenso geht die Gefahr zu Lasten des Geldmanns, wenn er abbrennt, ehe das Geld, das, wie er dem Kreditsucher geschrieben, für diesen bereit liegt (Eck 288), von ihm abgeholt ist. Auch hier nützt ihm die neg. gestio nichts.

2. a) Umfang der Verpflichtung, für ein Darlehen Hypothek zu verschaffen **RG. 55** 128 ff., JW. **03** Beil. 97 — jetzt auch SeuffA. **59** 316—319 — s. JDR. **2** zu § 445.

b) Hiergegen Kuhlenbeck, JW. **04** 402: Ob Darlehen oder Kauf vorliegt, kann zweifelhaft sein, wenn auf Grund eines Darlehensvertrags der Empfänger als Anlehensobligationen bezeichnete Inhaberpapiere zu einem bestimmten Emissionspreise den Zeichnern überläßt. Das **RG. 27** 29 hat sich für Kauf entschieden. Kuhlenbeck entscheidet sich für Darlehen.

3. **RG.** R. **04** 630 Nr. 2709: Vorwegabzug der Provision als Auszahlung der Darlehensvaluta, da der Abzug sich als Aufrechnung des Provisionsanspruchs gegen den Anspruch auf Hingabe des Darlehens charakterisiert.

4. Auslegung eines Vorvertrags.

RG. 56 235/7, R. **04** 334 Nr. 1485: Die Zusage eines Darlehens von zahlenmäßig angegebenem Betrag ist regelmäßig dahin zu verstehen, daß die Auszahlung einer baren Summe dieses Betrages versprochen ist, insbesondere dann, wenn das Darlehen gegen Bestellung einer Hypothek gegeben werden soll. Die Aufrechnung des Anspruchs auf das Darlehen mit anderen Forderungen des Gläubigers ist nicht gewollt.

5. **RG.** (Strafs.) GoltdA. **51** 397/8: Betrug auf Grund eines durch Anfechtung aus §§ 119, 121, 142, 143 BGB. nichtig gewordenen Darlehens (§ 610).

§ 609. 1. Schneider, Über Forderungskündigung, R. **04** 592 ff.

a) Ist die Stundung oder zeitliche Unkündbarkeit einer Forderung auflösend oder die sofortige Fälligkeit oder Kündbarkeit aufschiebend durch bestimmte Ereignisse bedingt, so haben im allgemeinen die gesetzlichen Bestimmungen über Bedingungen in §§ 158 ff. Anwendung zu finden.

b) Die zur Bedingung der Nichtkündigung oder Stundung gemachte pünktliche Zinszahlung kann durch Aufrechnung ersetzt werden.

c) Ist die weitere Stundung oder Nichtkündbarkeit der Forderung von rechtzeitiger Zinszahlung abhängig gemacht, so führt Zinszahlungsverzug die Fälligkeit oder Kündbarkeit herbei. — Schon die Nichtleistung zur Leistungszeit stützt die Behauptung des Verzugs genügend; ein Verschulden des Säumigen braucht der Gläubiger nicht nachzuweisen.

Hat der Gläubiger seinen bisherigen Wohnort aufgegeben, einen Empfangsberechtigten für die Zinszahlung nicht aufgestellt, auch nirgends seinen neuen Wohnort benannt, so ist der Schuldner berechtigt, die Zinszahlung zu unterlassen

(§ 285 BGB.) sowohl wenn er die Unauffindbarkeit und Nichtvertretung des Gläubigers gekannt hat, als auch dann, wenn sie ihm unbekannt war.

d) Kündigungsberechtigt ist der Gläubiger oder Schuldner selbst, dessen gesetzlicher Stellvertreter oder sein zur Kündigung Bevollmächtigter.

Auch die alleinige Kündigung der im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau für ihre eingebrachte Forderung ist wirksam, wenn sie vom Gekündigten nicht sofort wegen fehlender Einwilligung des Mannes zurückgewiesen wird; gleiches tritt bei alleiniger Kündigung des Ehemanns dort ein, wo die Ehefrau an sich zuzustimmen hatte.

Zuständiger Empfänger einer Kündigung ist der verpflichtete Schuldner, oder bei Kündigung des Schuldners, der berechtigte Gläubiger, gegebenenfalls der berechtigte Vertreter dieser Personen. — Es genügt die Kündigung an den Vormund und die Mutter allein, ohne Zuziehung weiterer Kündigungsempfänger, ferner an den in gesetzlichem Güterstand lebenden Ehemann allein, an den Gemeinschuldner allein, soweit es sich um Hypotheken handelt, an den Hauptschuldner allein in Bürgschaftssachen.

e) In der vorbehaltlosen Annahme verspätet gezahlter Zinsen kann ein stillschweigender Verzicht auf die Kündigung nicht gefunden werden. Aus dem Stillschweigen bei der Empfangnahme der Zinsen kann der auf Kapitalzahlung verklagte Schuldner auch den Einwand der Arglist nicht ableiten. — Die ausdrückliche Stundung der Zinsen auch ohne besonderen Beisatz kann als Verzicht auf das Kündigungs- oder Fälligkeitsrecht angesehen werden, insbesondere dann, wenn sie vor dem Fälligkeitstage der Zinsen bewilligt wurde.

2. **RG.** SeuffA. **59** 95—97: Soll die nicht pünktliche Zinszahlung dem Gläubiger erst die Befugnis geben, die Kündigung auszusprechen, so kann er diese Befugnis nicht präokkupieren. Es käme sonst darauf hinaus, daß die Kündigung schon im voraus für den Fall, daß in Zukunft einmal eine Zinsrate nicht pünktlich bezahlt werden sollte, wirksam erklärt werden könnte. Es würde dies bedeuten, daß das Kapital durch jede nicht pünktliche Zinszahlung als gekündigt zu gelten habe, eine Festsetzung, die inhaltlich durchaus verschieden ist von der im Vertrag eingeräumten Befugnis, die Hypothek wegen nicht pünktlicher Zinszahlung aufzukündigen. Die Klage kann zwar selbst als Kündigung wirksam werden, sie kann aber nicht eine unwirksame Kündigung wirksam machen.

3. Beweislast.

a) **RG. 57** 50/51, JW. **04** 174, DJZ. **04** 405, R. **04** 251 Nr. 1150: Stützt jemand einen Anspruch auf den Ablauf einer gesetzlichen Kündigungsfrist, so braucht er zur Begründung nicht noch zu behaupten, daß diese Kündigungsfrist oder keine besondere vereinbart worden sei; es bleibt vielmehr dem Gegner überlassen, die Vereinbarung einer anderen, als der gesetzlichen, zu behaupten und zu beweisen.

b) *Fr. Leonhard: Über die Beweislast bei der Behauptung abweichender Kündigungsbestimmungen s. zu § 564.

§ 610. 1. *Stammler, Privilegien und Vorrechte (1903) 33: Die Vorschrift findet auch auf das Vermächtnis eines Darlehens Anwendung, auf andere Rechtsverhältnisse als ein Darlehen mit Grund aber nicht.

2. Kuhlenbeck, JW. **04** 377 ff., wendet sich gegen **RG. 55** 129 ff., wo die Frage, ob, wenn das Darlehen gegen Hypothek versprochen ist, alsdann der Darlehensnehmer im Zweifel verpflichtet sei, dem Darlehensgeber die Hypothek an erster Stelle zu gewähren, allgemein verneinend entschieden wird. Es komme vielmehr alles auf die Umstände an. Ferner sei die ratio legis der §§ 439, 445 verkannt. Diese gehe dahin, daß im Zweifel bei Verträgen, die

auf Belastung eines Grundstücks gegen Entgelt gerichtet seien, derjenige, der das Entgelt biete, einen entsprechenden Wert der Belastung erwarte. Es verstoße aber gegen Treu und Glauben, wenn jemand einem Darlehensgeber, der das Grundbuch nicht kenne, eine hypothekarische Sicherheit biete, deren Wert infolge der dem Darlehensgeber unbekannten Vorhypotheken gleich Null sei. — Dem Urteil **RG. 52** 5 ff. stimmt er zu. Mit Recht werde dort anerkannt, daß das Widerrufsrecht des § 610 bei sukzessiver Ausführung des Darlehensversprechens auch nicht durch Teilerfüllung, durch die ersten Ratenzahlungen erlösche; mit Recht werde auch ausdrücklich festgestellt, daß dieses Widerrufsrecht nicht unter die §§ 346 ff. falle.

3. *Friedländer, Der Baukapitalsvertrag, SeuffBl. **04** 195 ff. — s. a. oben zu § 399 Ziff. 1 — hält die §§ 321, 610 an sich auf diesen Vertrag für anwendbar. Doch kommen diese Bestimmungen nach **RG. 53** 244 dann nicht zur Anwendung, wenn die Gegenleistung durch Hypothek absolut sichergestellt ist (197).

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: Das zum Recht des Dienstvertrags veröffentlichte Material, immer noch außerordentlich reichhaltig, umfaßt diesmal doch nur noch etwa den dritten Teil der im JDR. 2 veröffentlichten 57 Seiten. Diese Verringerung des Umfanges hat seinen wesentlichsten Grund in dem fast gänzlichen Wegfall großer, umfassender Werke und Schriften. Es sind lediglich Einzelfragen zur Erörterung durch Literatur und Rechtsprechung gelangt, allerdings sämtlich von außerordentlichem praktischen und zum größten Teil auch wissenschaftlichen Interesse. Wie die durchgehends angebrachten Verweisungen ergeben, sind die meisten und wichtigsten dieser Streit- und Einzelfragen nicht neu. Zu § 611 sind wieder eine Reihe wichtiger Vertragstatbestände mitgeteilt worden. Der ärztliche, der anwaltliche Dienstvertrag, die „Zapfverträge", die „gemischten Vertragsverhältnisse" haben von neuem Erörterung erfahren. Sehr eingehend hat sich die Rechtsprechung mit der Frage beschäftigt, wem die Erfindungen der Angestellten gehören (§ 611 Ziff. 7a). — Reichlich behandelt sind auch wieder — theoretisch insbesondere von dem Schweizer Maisch — die Streitfragen aus § 615. Was die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" im § 616 bedeutet, muß immer noch — insbesondere für die militärischen Übungen — von Fall zu Fall entschieden werden. Bezüglich der Anwendung des § 616 gehen (Ziff. 6) die Behörden und größeren Betriebe nach und nach dazu über, leitende Grundsätze aufzustellen, die den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten gerecht werden sollen. Seine Anwendung in der gerichtlichen Praxis kritisiert insbesondere Hilse scharf. Der § 618 wird allgemein auch auf den Beamtendienstvertrag angewendet. Auch die mannigfachen Streitfragen aus § 626 sind wieder zum Teil behandelt worden. Am interessantesten erscheint die Polemik zwischen v. Seeler und Nußbaum, die sich an die in JDR. 2 mitgeteilte berühmte Entscheidung des RG. knüpft, die in der Erhebung des Differenzeinwandes einen wichtigen Grund zur Entlassung eines Geschäftsführers erblickte. Schließlich nimmt wieder einen verhältnismäßig breiten Raum das Zeugnisrecht (§ 630) ein. Entschieden bejaht wird die Pflicht des Prinzipals, ein materiell richtiges Dienstzeugnis auszustellen, von Brückmann, der gleichzeitig eine Reihe von OLG.-Entscheidungen kritisch bespricht.

Literatur: Die Quellen der einzelnen Arbeiten sind an den einschlägigen Stellen angegeben. — Umfassende Schriften fehlen. —

Zu §§ 611 ff. I. Zu Lotmars Arbeitsvertrag — s. JDR. **2** vor §§ 611 ff. — Boethke, Gruchots Beitr. **48** 432 ff.; Sinzheimer, JLBl. **04** 1—6 anerkennende und zustimmende Rezensionen und Inhaltswiedergaben. S. auch Naundorff, SächsA. **14** 404—406.

II. BraunschZ. **51** 112—117 veröffentlicht eine Zusammenstellung älterer und handelsrechtlicher Entscheidungen zum Dienstvertragsrecht.

§ 611. 1. Bürgerlicher und gewerblicher Dienstvertrag. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 3.

GewGer. **9** 195 (Mainz): Die Arbeitsordnung ist die Grundlage des Dienstvertrags zwischen dem Arbeitgeber und seinen Fabrikarbeitern; die Unterwerfung des Arbeiters unter sie ist ohne weiteres anzunehmen, sobald das Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Die Ansicht, daß der Arbeiter, um an sie gebunden zu sein, vor Eintritt in die Beschäftigung von ihrem Inhalte Kenntnis genommen haben müsse, ist unhaltbar.

2. Dienstvertrag und Akkordvertrag. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 4.

a) Sinzheimer, JLBl. **04** 214 ff. — gelegentlich der Besprechung von Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag — s. JDR. 2 unter „Dienstvertrag" an verschiedenen Stellen — hält das Merkmal der „sozialen Abhängigkeit", woran der gewerbliche Arbeitsvertrag, insbesondere in der Form des Akkordvertrags, als Dienstvertrag im Unterschiede vom Werkvertrage zu erkennen sei, für unbestimmt. Es kommt aber allerdings bei der Abgrenzung nicht nur auf den Inhalt des Vertrags an, sondern auch auf die Kennzeichnung der Kontrahenten, sowie auf die Umstände, unter denen der Vertrag vollzogen werden soll.

b) GewGer. **9** 171 (Frankfurt a. M.): Der Akkordant ist, insoweit es sich um Annahme und Entlassung der Arbeiter und um die Leitung der Arbeit handelt, als Vertreter des Arbeitgebers anzusehen; bezüglich der Lohnzahlung ist er als Vertreter der von ihm angenommenen Arbeiter zu betrachten. Soweit der Unternehmer den Lohn einem Akkordanten vollständig ausbezahlt hat, ist er von seiner Verpflichtung frei; insoweit er aber noch nicht mit ihm vollständig abgerechnet hat, kann sich der Arbeiter auch direkt an den Unternehmer halten.

c) GewGer. **9** 194 (Schöneberg) enthält eine Würdigung und Verurteilung des § 5 des am 18. 8. 02 von der Lohnkommission des Malergewerbes von Berlin und den Vororten festgestellten Lohntarifs, wo bei eventuell vorkommender Akkordarbeit mindestens Zahlung des üblichen Stundenlohns vorgeschrieben ist, unter dem Gesichtspunkte des Inhalts der Verpflichtung des Dienstverpflichteten.

3. Gesindedienstvertrag.

Drabert, DJZ. **04** 114, 115: Nach Art. 95 EGBGB. sind, von dem Züchtigungsrecht abgesehen, alle Bestimmungen, welche dem Gesinderecht angehören, aufrechterhalten; die Formvorschriften der §§ 22, 23 PrGesindeO. sind hiernach durch die Formfreiheit des BGB. nicht aufgehoben.

Lotholz, DJZ. **04** 444, 445: Durch Art. 4 EGBGB. ist die Ersatzvorschrift des § 23 GesindeO. gegenstandslos geworden. — Die Formenfreiheit des BGB. erstreckt sich demnach auch auf Gesindeverträge.

4. Hausoffizianten.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 126: Das BGB. §§ 611 ff. findet auf solche Personen, die unter dem ALR. als Hausoffizianten anzusehen waren, Anwendung.

5. Begriffliches. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 5.

Kuhlenbeck, Der Dienstvertrag, JW. **04** 593 ff., will im Gegensatze zu Lotmar mit Cosack daran festhalten, daß der Dienstvertrag nicht auf Arbeiten aller Art, sondern nur auf „Dienste", d. h. solche Arbeiten gerichtet ist, welche überwiegend im Interesse des Dienstempfängers (Arbeitgebers) erfolgen und daher auch in ihrer Ausführung in gewissem Grade vom Willen, wenn auch nicht immer von der Leitung des letzteren abhängig bleiben.

Der Staatsdienervertrag ist kein Dienstvertrag (vgl. **RG. 28** 80), doch finden die Vorschriften analoge Anwendung (**RG. 18** 193).

Bei zahlreichen Arbeitsverträgen bildet Arbeit auch ohne Rücksicht auf den zweifelhaften Erfolg Gegenstand des Vertrags und Rechtsgrund des Entgelts,

gleichwohl ist kein Dienstverhältnis anzunehmen, da die zu leistende Arbeit nicht nur in keiner Weise der Leitung eines Arbeitgebers subordiniert ist, sondern auch überhaupt jedes Abhängigkeitsmoment, wie solches sich selbst noch in dem Ausdrucke „Arbeitgeber" ausschließt, fehlt. In solchen Fällen liegt ein eigener Typus des Arbeitsvertrags vor, z. B. Arbeitsvertrag mit dem Rechtsanwalte, Verlagsvertrag, Vertrag mit einem Redakteur.

6. Anwendungsfälle. S. JDR. **2** Ziff. 6.

a) Ärztlicher Dienstvertrag. S. a. a. O. Ziff. 6a.

Hellwig, Stellung des Arztes 15ff.: U. U. entsteht kein Vertrag zwischen Arzt und Patienten (18/19), z. B. wenn dem Arzte gelegentlich eines Spazierganges oder in einer Gesellschaft eine Frage vorgelegt wird. Ein derartiger Vorgang liegt außerhalb des Rahmens des rechtsgeschäftlichen Verkehrs.

Entsteht ein Vertragsverhältnis (19/20), so fragt es sich, ob der Arbeitsvertrag des Arztes Auftrag oder Dienstvertrag ist, — Werkvertrag ist er nie (17ff.). Ein Auftrag liegt nur dann vor, wenn positive Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß der Arzt unentgeltlich handeln soll und will, z. B. unentgeltliche Sprechstunde, unentgeltliche Krankenhausaufnahme, — zweifelhaft bei Universitätskliniken. Es liegt regelmäßig ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, vor (20ff.).

Über den Hausarztvertrag 26/27: Aversionalentschädigung; schickt der Patient mehr, als vereinbart, so macht er eine Schenkung.

Über den ärztlichen Dienstvertrag, der von einer Krankenkasse geschlossen wird 27/8: Es liegt Vertrag zugunsten Dritter vor. Ebenso wenn ein Fabrikant oder Gutsherr zugunsten seiner Angestellten einen ärztlichen Dienstvertrag abschließen, ebenso auch die Gemeinde für die unterstützungsberechtigten Ortsarmen (29).

Über den Arzt im Krankenhause 30, Regelfall: Er verspricht seine Dienste dem Unternehmer; er schließt im Namen des Unternehmers mit dem Kranken den ärztlichen Vertrag.

b) Vertrag mit Geschäftsführer. S. auch JDR. **2** § 611 Ziff. 6b.

RG. Holdheims MSchr. **04** 256: Die Funktion als Geschäftsführer kann einem Gesellschafter nicht nur kraft eines Dienstvertrags, sondern auch als Gegenstand einer der im § 3 Abs. 2 GmbHG. bezeichneten besonderen gesellschaftlichen Verpflichtungen auferlegt werden (Entsch. zu § 22 ZPO.).

c) Vertrag mit Anwalt und Notar. S. JDR. **2** Ziff. 6c.

α. Priester, Die zivilrechtliche Haftpflicht des Rechtsanwalts und Notars, gibt eine volkstümlich gehaltene Übersicht der Möglichkeiten, wie Rechtsanwälte und Notare gegen ihre Pflicht den Auftraggebern gegenüber verstoßen und sich verbindlich machen können, 11ff. eine Reihe typischer Beispiele, insbesondere auch aus älterer Rechtsprechung zur Haftpflicht des Rechtsanwalts, 16—32 zu derjenigen des Notars.

β. OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 309: Zwischen dem Notar und der Partei besteht ein Dienstverhältnis (§§ 611, 675).

γ. KG., NaumbAK. **04** 70, ZBlFrG. **5** 260 Nr. 218: Handelt es sich um Leistungen, die mit einem von einem Notar ausgeführten, in seine Zuständigkeit fallenden Geschäfte (Beurkundung eines Kaufvertrags) zusammenhängen und ihrer Natur nach eine Erfahrung voraussetzen, wie sie dem Notar vermöge seiner Berufstätigkeit besonders zu eigen ist, so ist im Zweifel anzunehmen, daß, wenn der Leistende zugleich Rechtsanwalt und Notar ist, die Dienste des Notars haben in Anspruch genommen werden sollen (§ 25 GebOfNot.).

δ. LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 249: Der Rechtsanwalt hat eine berufliche Tätigkeit schon entfaltet, wenn er eine Information entgegengenommen und, um

sich über den Stand der Sache Gewißheit zu verschaffen, die Gerichtsakten eingehend durchgesehen hat.

ε. Stiff, ElsLothrNotZ. **24** 1 ff.: Es fehlt im ZVG. an einer Bestimmung über die Haftung für die Massekosten nach § 109, zu denen die Gebühren und Auslagen des Notars nicht gehören. Falls das Verfahren zu keinem Zuschlage führt, so läßt sich eine Haftung des Antragstellers gegenüber dem Notar aus Werk- oder Dienstvertrag begründen, doch wäre auch die Haftung am Platze, wenn der Zuschlag erteilt wird. Ob die durch den Zuschlag dem Notar entstehenden weiteren Auslagen sich nach obigen Vorschriften begründen lassen, ist zweifelhaft. Es ist hier eine Lücke, die ausgefüllt werden muß.

d) Schauspieler und Theaterdirektor. S. auch JDR. **2** Ziff. 6 d.

OLG. Stettin, R. **04** 602 Nr. 2601: Vertrag des Schauspielers mit dem Theaterdirektor ist Dienstvertrag.

e) Zapfverträge. S. JDR. **2** § 535 Ziff. 1 b, § 611 Ziff. 6 e.

OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 56: Die Hauptaufgabe der Zäpfler ist, im Interesse des anderen zunächst die Wirtschaft in der von ihm bestimmten Weise zu führen, also eine Arbeit zu leisten. Sie haben seinen Weisungen hinsichtlich des in den Wirtschaften zu verzapfenden Bieres zu folgen. Bei Verletzung dieser persönlichen Dienstleistungen, wozu auch die rechtzeitige Begleichung des Bierpreises gehört, ist ein vertragsmäßiges Kündigungsrecht festgesetzt. Als naturnotwendige Folge dieses Verhältnisses erscheint es, daß ihnen der Besitz der Wirtschaftslokalitäten überwiesen werden mußte. Soweit Wohnräume überwiesen sind, bildet diese Überlassung einen Teil der Entlohnung der zu leistenden Dienste; die weitere Entlohnung besteht in dem sog. Zapfgeld und in der Befugnis, durch Verleitgabe anderer Konsumartikel sich eine weitere Einnahme zu verschaffen. Der Umstand, daß die Zäpfler sie auf eigene Rechnung anschaffen und verkaufen, das eigene diesbezügliche Risiko, macht auch notwendig, daß sie die Konzession auf ihren Namen erwirken müssen. Auch die bezüglich der Rückgabe der Lokalitäten und Inventurstücke getroffenen Bestimmungen sind nicht unvereinbar mit dem Charakter eines Dienstvertrags. Wesentlich ist, daß ein Mietzins für die Überlassung der Wirtschaftsräume nicht vereinbart ist. — Bestätigend BayObLG. ebenda 51. Auch die Tatsache, daß die Wirte um die Erteilung der Konzession zum Wirtschaftsbetriebe nachsuchten und sie erhielten, schließt die Annahme eines Dienstverhältnisses nicht aus. Die Erteilung der polizeilichen Erlaubnis ist ohne Belang für die Frage, welche privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten bestehen; sie kann auf Täuschung der Behörde durch die Beteiligten zurückzuführen sein.

f) Vorbereitung zum Abiturientenexamen. OLG. **9** 290 ff., R. **04** 575 Nr. 2473 (KG.): Der Vertrag über die Vorbereitung zum Abiturientenexamen ist kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag; die Dienste werden auf Grund besonderen Vertrauens beansprucht (s. auch unten zu § 627).

g) Vertrag mit Straßenbahnschaffnern. OLG. **9** 250 (KG.): Der mit den Straßenbahnschaffnern geschlossene Dienstvertrag untersteht den Normen des gemeinen bürgerlichen Rechtes.

h) Gemischte Vertragsverhältnisse. S. JDR. **2** § 611 zu Ziff. 6 i.

α. Vermietung einer Dreschmaschine mit Bedienungsmannschaft. S. JDR. **2** zu § 611 Ziff. 6 i α. OLG. Königsberg, PosMSchr. **04** 139: Die Mietverträge, die über Dampfdreschsätze (Dreschmaschinen, Dreschkästen) von den Landwirten mit den Maschinenverleihern abgeschlossen werden, sind nicht reine Mietverträge, sondern insofern zusammengesetzte Verträge, als vom Vermieter auch die Stellung eines sachverständigen Bedieners der Maschinen (Maschinisten, Heizer) übernommen wird, dergestalt, daß mit dem Mietvertrag ein Dienstvertrag, u. U.

ein Werkvertrag verbunden ist, kraft dessen der Vermieter das Dreschen mit den vermieteten Maschinen selbst vorzunehmen hat. Deshalb geht aber doch die Gefahr des Transports der Mietsache vom Mieter nicht auf den Vermieter über, und wenn der vom Vermieter bestellte Maschinist beim Transport Anweisungen erteilt, so tut er das nicht etwa in Vertretung des Vermieters; es ist vielmehr üblich, daß der Transport vom Mieter vorgenommen wird. Somit bildet die Vornahme des Transports durch den Mieter einen untrennbaren Bestandteil der dem Vermieter gegenüber eingegangenen Verpflichtungen. (S. auch oben zu § 278 Ziff. 7 i.)

β. Vertrag mit Fuhrwerksbesitzern. S. auch JDR. **2** Ziff. 6 i β. OLG. **9** 287/8 (Stettin): Vertrag mit der Verpflichtung, bei einem Bau die Erdarbeiten, insbesondere die Abtragung einer Schanze zu besorgen. Zu diesem Zwecke Vertrag mit Fuhrwerksbesitzern, die die von der Schanze abgegebene Erde selbst oder durch Kutscher abzufahren hatten. Dieser Vertrag ist ein Dienstvertrag, kein Werkvertrag.

γ. Vertrag mit Toilettenfrau. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 274/5: Die Pflicht zur Bewachung und Instandhaltung der Toiletten ist keine Pacht, sondern nach den §§ 611 ff. zu beurteilen. Die Verschaffung der Gelegenheit zur Einnahme aus den Trinkgeldern bildet die Gegenleistung. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Inhaberin zur Abführung einer monatlichen Abgabe verpflichtet ist. Das Verhältnis ist den zahlreichen Fällen des modernen Erwerbslebens ähnlich, in denen Kellner, Portiers u. dgl. ihre persönlichen Dienste dem Besitzer eines Restaurants oder Hotels zur Verfügung stellen und in denen die Gegenleistung lediglich in der ihnen gewährten Gelegenheit zur Vereinnahmung von Trinkgeldern besteht.

7. Vertragsrechte und -Pflichten. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 7, 8.

a) Anspruch auf Erfindungen des Dienstverpflichteten. S. JDR. **2** zu § 611 Ziff. 8a.

α. **RG.** SeuffBl. **04** 248 ff.: Anspruch einer großen Berliner Fabrik für Anfertigung von Originalkonstruktionen von Pflügen und landwirtschaftlichen Maschinen auf die Erfindung eines Angestellten bejaht, der die Verbesserung der Konstruktion von Maschinen zum Gegenstand hat. Der Erfinder war von Anfang an als Leiter der neu eingerichteten elektrischen Abteilung angenommen worden, — nicht als bloßer Monteur für elektrische Maschinen. Es gehört zu seinen Dienstobliegenheiten, auch auf die Verbesserung der Konstruktion der Maschinen mit bedacht zu sein; der Dienstherr ist berechtigt, die Erfindungen, welche der Angestellte auf dem gemeinsamen — konstruktiven und elektrischen — Arbeitsgebiet macht, für sich in Anspruch zu nehmen, weil er hierfür angestellt war und sein Diensthonorar erhalten hat.

β. **RG.** SächsA. **14** 625 ff.: Die Erfindung des Angestellten steht dem Geschäftsherrn zu, vorausgesetzt, daß sie innerhalb des Rahmens der Tätigkeit liegt, die den Pflichtenkreis des Angestellten ausmacht: dem Angestellten muß obliegen, auf Verbesserungen der Art, wie die Erfindung ist (Erfindung von Benzaldehyd in einer chemischen Fabrik durch einen angestellten Chemiker), Bedacht zu nehmen. Erfindungen, die er im Rahmen der ihm überwiesenen chemischen Arbeiten macht, gelten als Erfindungen des Dienstherrn. Die vertragliche Abmachung, daß diesem ein Recht auf alle Erfindungen des Angestellten eingeräumt werde, die sich auf die von der Fabrik hergestellten Präparate bezögen, enthält nur eine Bestätigung dieser Rechtslage. —

Im vorliegenden Falle handelte es sich aber um die Auffindung zweckmäßiger Reaktionen, um pekuniären Nutzen aus dem Benzaldehyd zu ziehen. Hätte er eine vorteilhafte neue Reaktion gefunden, mittels deren aus den gege-

benen Ausgangsstoffen das Endprodukt gewonnen wurde, so würde zweifellos eine sog. Etablissementserfindung vorliegen. Die Erkenntnis aber, daß von einem andern Ausgangsstoffe aus zu einer nutzbringenden Gewinnung desselben Endprodukts zu gelangen sei, fällt sowohl vom patentrechtlichen wie vom wirtschaftlichen Standpunkt aus dem Rahmen der dem Angestellten obliegenden Aufgaben heraus, und diese Erkenntnis kann durch den Umstand allein, daß er sie bei Gelegenheit seiner Arbeiten in der Fabrik gewonnen hat, nicht zu einer Etablissementserfindung werden. Ebensowenig aber fällt eine solche Erfindung unter die oben angeführte Vertragsbestimmung.

γ. OLG. **7** 382, R. **04** 18 Nr. 34 (Hamm): Entscheidend ist der Umstand, ob der Beamte oder im Privatdienste Angestellte zur Entfaltung erfinderischer Tätigkeit angestellt ist oder nicht. Nur im ersteren Falle hat der Dienstherr das Recht auf die Ergebnisse der Erfindertätigkeit; sonst muß das eigene Recht des Autors an seiner geistigen Arbeit vorgehen. Der Anspruch des Dienstherrn auf die Erfindungen kann nur dann anerkannt werden, wenn das Machen der Erfindungen in den Rahmen derjenigen Obliegenheiten fiel, die für den Angestellten aus dem Engagement oder der ihm zugewiesenen Tätigkeit nach der Absicht der Parteien oder den im betreffenden Industriezweige geltenden Gepflogenheiten sich ergeben. (Versagung des Anspruchs des Dienstherrn auf eine Sprengstofferfindung ihres als Betriebsleiters einer chemischen Fabrik, aber nicht zu erfinderischer Tätigkeit Angestellten).

b) Überstunden.

GewGer. **9** 225 (Frankfurt a. M.): Nach § 611 ist der Arbeiter zur Leistung von Überstunden nicht verpflichtet; leistet er sie, so kann er Bezahlung verlangen (§ 612) (Metzger in einer Wurstfabrik). — Ebenso GewGer. Witten ebenda 257/8 (Konditorgehilfe).

8. Recht auf Annahme der Dienste. S. JDR. **2** Ziff. 9 zu § 611.

*Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2, 1905) 100/101: Der Handlungsgehilfe hat ein Recht auf Arbeit, und zwar auf vertragsgemäße. Dieses Recht ist allerdings nicht klagbar, gibt aber im Falle seiner Verletzung einen Anspruch auf Schadensersatz, welch letzterer möglichst weitherzig zu bemessen ist.

9. Vereinbarung des Abverdienens.

OLG. Braunschweig, BraunschZ. **50** 159 — JDR. **2** zu § 611 Ziff. 10b — s. jetzt auch SeuffA. **59** 56.

10. GewGer. **9** 280/1 (Duisburg) beantwortet die Frage, ob einem Arbeiter die versprochene Anstellung verweigert werden kann, weil er sein früheres Arbeitsverhältnis unter falschen Vorspiegelungen aufgelöst hat, verneinend, weil durch die falschen Papiere nur der frühere Arbeitgeber getäuscht worden sei. —

11. Seelmann, R. **04** 440, teilt ein wegen unbilligen Mißverhältnisses zwischen den beiderseitigen Vertragschließenden unter § 138 fallendes Dienstverhältnis mit, wo der Gehilfin eine weitgehende Haftung für das Warenlager ihrer Filiale aufgelezt und sie dann nach Feststellung eines Fehlbetrags bei der Inventur sofort entlassen wurde.

§ 612. 1. Vergütung für die Fahrt zur Arbeitsstelle. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 2a, § 611 Ziff. 8d.

GewGer. **9** 154/5 (München) spricht dem Arbeiter die Reisekosten für die Fahrt bis zur Arbeitsstätte zu, indem es aus der Tatsache, daß die Firma ihren Sitz dort und anderswo keine Niederlassungen hat, daß der schriftliche Engagementsvertrag daselbst abgeschlossen wurde, folgert, daß das Vertragsverhältnis mit dem Abschlusse des Arbeiters an der Arbeitsstätte beginnen und endigen sollte. — Den „Lohn" für die durch die Reise versäumten Tage billigt das

Gericht nicht zu. Geleistete Arbeit liegt nicht vor; auch im Verzuge (§ 615) ist die Firma nicht.

2. GewGer. **9** 192 ff. (Schöneberg): Die Bestimmungen des von der Lohnkommission des Malergewerbes von Berlin und den Vororten am 18. 8. 1902 festgestellten und sowohl von den Innungen als auch den Arbeitnehmern angenommenen Lohntarifs über den jeweiligen Stundenlohn sind als „üblich" und ortsgebräuchlich anzusehen, nicht aber die §§ 5 und 12.

3. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 912: Ein Taxator kann die an seinem Wohnort übliche Vergütung nicht beanspruchen für ein außerhalb seines Wohnorts vorgenommenes Geschäft; unter der üblichen Vergütung im Sinne des § 612 Abs. 2 ist die an dem Orte der Vornahme des Geschäfts übliche Vergütung zu verstehen.

4. Beweislast.

*Rosenberg, AzivPr. **94** 90 Nr. 128: Behauptet der Beklagte, es sei ausdrücklich oder stillschweigend die Unentgeltlichkeit der Dienstleistung vereinbart, so trifft ihn die Beweislast.

Über die Verteilung der Beweislast bezüglich der angemessenen Vergütung s. u. zu § 433 Ziff. 4.

§ 613. 1. *Rabel, Haftpflicht des Arztes 24, 61: Das herkömmliche Paradigma des Arztes als eines zu persönlichen Diensten verpflichteten Schuldners ist heutzutage auszuschalten. S. a. JDR. **2** zu § 613.

2. *Altvater, AzivPr. **95** 402 f.: Das Landesrecht kann vorschreiben, daß das Gesinde sich einen Wechsel der Dienstherrschaft gefallen lassen muß. So MecklGesindeO. v. 9. 4. 99 § 56.

§ 614. 1. Stücklohn und Akkordlohn. S. JDR. **2** § 614 Ziff. 2.

GewGer. **9** 104 (Breslau): Einen allgemeinen Rechtssatz, wonach Akkordarbeiter Anspruch auf ein durchschnittliches Maß von Arbeit für die ganze Zeit des Arbeitsverhältnisses haben, gibt es nicht. Lediglich § 124 Ziff. 4 GewO. kommt in Betracht und eine eventuelle Garantie, ferner ein Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Arbeitgeber absichtlich in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise dem Akkordarbeiter, um ihm den Verdienst zu entziehen, wenig Arbeit gibt.

2. SächsOVG. **4** 240 ff. hält Bestimmungen in der Arbeitsordnung, wonach für fehlerhafte, unbrauchbare Arbeit kein Lohn bezahlt werden soll, und „der rückständige Lohn . . . als Kaution" dienen soll, „aus welcher die Fabrik ihr zustehende gerichtlich festgestellte Ersatzansprüche zu decken berechtigt ist" für unvereinbar mit den §§ 614 und 394.

3. Hahn, Die Spesen der Handlungsreisenden, GewGer. **9** 277: Für die Reisespesen hat sich aus wirtschaftlichen Rücksichten der dem § 614 entgegengesetzte Handelsbrauch entwickelt. Der Prinzipal hat die Reisekasse stets für einige Tage vorzuschießen; der Reisende darf sie aus den eingezogenen Geldern füllen.

4. Kuhlenbeck a. a. O. 596: Die allgemeinen Normen über Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275, 323, 324) finden auch auf den Arbeitsvertrag Anwendung. Ferner: § 614, §§ 472, 473.

§ 615. 1. Rechtliche Natur der Ansprüche aus dem Kontraktbruche. S. JDR. **2** zu § 615 Ziff. 3.

*Maisch, Die Wirkungen des Vertragsbruchs beim Dienstvertrag auf den vorzeitig Entlassenen, BernJV3. **40** 425 ff.: Was für Rechte stehen dem ungerechtfertigt vorzeitig entlassenen Arbeitnehmer gegenüber dem Dienstherrn zu? Das (schweiz.) Bundesgericht hat erklärt: Die Frage ist in Doktrin und Praxis bestritten. Da aber der Dienstverpflichtete den Vertrag, wenn auch infolge des

Verhaltens des Arbeitgebers nicht erfüllt und damit seine Arbeitskraft frei wird, ist es richtiger, seinen Anspruch als Schadensersatzanspruch zu behandeln, wobei für dasjenige, was der Arbeiter in der Zeit vor Auslauf seines Vertragsverhältnisses anderweitig etwa verdienen könnte, eine Abschätzung ex aequo et bono stattzufinden habe.

Maisch bekämpft diese Verallgemeinerung und will unterscheiden:

a) Erklärt der Arbeitnehmer seinerseits auch den Rücktritt und beweist Verschulden des Arbeitsherrn, — dann Schadensersatz.

b) Verlangt er aber Vertragserfüllung und hält seine Leistung dem Dienstherrn bereit, — dann Anspruch auf die volle kontraktliche Gegenleistung für die ganze Vertragsdauer, bezw. so lange, als er seine Dienste zur Verfügung hält und bona fide nicht anderen Verdienst fand. Beweislast für anderweitigen Ersatz trifft den Dienstherrn.

Damit wird man dem Wesen des Arbeitsvertrags (OR. Art. 338, BGB. § 611, Lotmar, Der Arbeisvertrag I) besser gerecht und die Konstruktion ist juristisch reiner.

2. Muß der zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassene Dienstverpflichtete seine Dienste anbieten? S. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 615, **2** Ziff. 4.

a) Bejahend. — S. JDR. **2** a. a. O. Ziff. 4a.

AG. Görlitz, BreslAK. **04** 28: Der Dienstherr muß mit der Annahme der vom Dienstberechtigten geschuldeten Dienste in Verzug sein, dieser sie ihm anbieten. Sofortiges Angebot der Dienste nach der Entlassung genügt, wenn der Dienstherr die zur Bewirkung der Dienste seinerseits erforderliche Handlung, Zuweisung der zu leistenden Arbeit, unterläßt (§ 295).

b) Verneinend. — S. JDR. **2** a. a. O. Ziff. 4b.

α. *Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2, 1905) 130/131: Der zu Unrecht fristlos gekündigte Handlungsgehilfe braucht, um seine Rechte zu wahren, sich weder zur Verfügung zu stellen, noch seine Dienste anzubieten. Mit dem Antritt des Dienstverhältnisses bietet er die gesamten Dienste desselben für die gesamte Dienstzeit ein für allemal an. § 615 steht nicht entgegen, er bezieht sich lediglich auf den Fall der Nichtannahme noch gar nicht angefangener Dienste, dagegen nicht auf den Fall der Nichtweiterannahme bereits begonnener Dienstleistungen.

β. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 8, SeuffA. **59** 163/4: Die §§ 615, 295 beziehen sich auf den Fall, daß der Dienstverpflichtete seinen Dienst noch nicht angetreten, und der Dienstberechtigte erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. In diesem Falle ist der Anspruch des Dienstverpflichteten auf die Gegenleistung von einem wenigstens wörtlichen Angebot abhängig. Wird aber nach Antritt des Dienstes dem Verpflichteten erklärt, daß er die Fortsetzung der Dienste nicht wolle, so ist ihm die Leistung unmöglich geworden, und sein Anspruch auf die Gegenleistung bleibt nach § 324 ohne weiteres bestehen, wenn sich die Entlassung als eine ungerechtfertigte darstellt und demnach die Unmöglichkeit der Leistung auf einen von dem Dienstherrn zu vertretenden Umstand zurückgeführt werden muß.

3. Inwieweit muß der grundlos ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist Entlassene der Aufforderung zur Weiterarbeit Folge leisten? S. JDR. **1** zu § 615 Ziff. 4a, b, **2** Ziff. 5 und HGB. § 70 Ziff. 8.

GewG. **9** 204/5 (Gotha): Der ohne Einhaltung der Kündigungsfrist entlassene Arbeiter ist zwar nicht verpflichtet, die Arbeit wieder aufzunehmen, wenn der Arbeitgeber seine Entlassungserklärung zurücknimmt und ihm wieder Arbeit unter den alten Bedingungen anbietet. Doch kann er im Weigerungsfalle nur

für die Zeit bis zu diesem Anerbieten Entschädigungsansprüche erheben. Durch die Wiederaufnahme der Arbeit wird der Entschädigungsanspruch des Arbeiters für die verflossene arbeitslose Zeit nicht berührt.

4. Ersatz, Vergütung. S. JDR. **2** § 615 Ziff. 6.

Hahn, GewG. 9 277 — s. oben zu § 614 Ziff. 3 —: Der ungerechtfertigt entlassene Reisende kann nur Ersatz der sog. „Mundspesen", d. h. des zur Deckung seines Unterhalts verwendeten Teiles der Reisespesen, verlangen, wenn Vertrauens- oder angemessene Spesen verabredet sind, bei „hohen Spesen" aber auch den darüber aus den Spesen auf der Reise erzielbar gewesenen Gewinn. (Vgl. auch die a. a. O. angegebene Rechtsprechung.)

5. Anrechnungspflicht. S. JDR. **2** Ziff. 7 zu § 615.

a) **RG.** JW. **03** Beil. 99, JDR. **2** § 615 Ziff. **7** — s. jetzt auch R. **04** 292 Nr. 1035.

b) **RG. 58** 402 ff., JW. **04** 536/7, DJZ. **04** 995, R. **04** 630 Nr. 2710: Dem Wortsinne nach ist § 615 dahin zu verstehen, daß die ganze Zeit, für welche die Dienste noch zu leisten waren und nicht angenommen sind, in Betracht zu ziehen ist. Von einer Anrechnung nach einzelnen Zeitabschnitten ist im Gesetz keine Rede. Er muß sich nicht alles anrechnen lassen, was er überhaupt mittels seiner Arbeitskraft, sondern nur, was er durch anderweitige Verwendung desjenigen Teiles seiner Arbeitskraft erwirbt, welche er dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen verpflichtet war, indem diese Anrechnung nur bis zu dem Betrage der Vergütung stattfindet, welche der Verpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste zu verlangen berechtigt ist.

6. Zu § 615 s. zu § 324 Stintzing, Vorteilsanrechnung 40 f.

§ 616. 1. Kuhlenbeck 596: Es handelt sich hier um eine besondere, auf andere Arbeitsverträge nicht auszudehnende Wirkung des persönlichen Charakters des Dienstvertrags, der der Treupflicht des Dienenden eine gewisse Fürsorgepflicht des Dienstherrn gegenüberstellt.

2. Olshausen, Gruchots Beitr. **48** 456: Der § 616 ist nur dispositiv, und zwar allein deshalb, weil § 616 im § 619 nicht erwähnt ist. S. auch JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 1.

3. GewGer. **9** 283 (Stuttgart) schließt sich im Gegensatze zu Nelken und Neukamp der Ansicht von Sigel an, wonach § 616 nur auf bestehende, nicht auf rechtmäßig gelöste Dienstverträge Anwendung findet. Es ist für die Zeit nach der Entlassung unerheblich, ob der ehemals zur Dienstleistung Verpflichtete bald nach der Entlassung wieder arbeitsfähig geworden ist oder nicht. Ferner ist aus § 617 Abs. 1 Satz 1 zu schließen, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, beim Fehlen der Bestimmung habe er vom Augenblicke der nach § 626 rechtmäßig erfolgenden Kündigung durch den Dienstberechtigten an den erkrankten Dienstverpflichteten an diesen keine Ansprüche mehr zu machen. Eine solche Bestimmung fehlt im § 616. S. auch JDR. **2** § 616 Ziff. 2.

4. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, insbesondere bei militärischen Übungen. S. JDR. **2** § 616 Ziff. 4, 5.

a) KG., KGBl. **04** 31, R. **04** 251 Nr. 1151: Als Maßstab zur Beantwortung der Frage nach der Erheblichkeit der Zeit ist das Verhältnis der Zeit der Unterbrechung zur Gesamtdauer des Dienstverhältnisses zugrunde zu legen. Die Zeitdauer von 6½ Wochen ist bei einem dreimonatlichen Engagement mit einer Kündigungsfrist von 6 Wochen als erheblich anzusehen.

b) LG. Frankfurt a. O., GewGer. **9** 171/2 (im Gegensatz zum GewGer.) erklärt eine achtwöchige Unterbrechung durch militärische Übung bei dem Korrektor einer großen Druckerei für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit bezüglich

Einjährig-Freiwilliger. Auf diese Personen ist besondere Rücksicht bei ihren Erwerbsverhältnissen zu nehmen. Seit vier Jahren tätig, ohne daß eine zwangsweise Unterbrechung der Tätigkeit stattgefunden hat. Die Behinderung ist daher auf vier Jahre in Anrechnung zu bringen. Betrieb größeren Stils. Verhältnismäßig zahlreiches Personal.

c) GewGer. **9** 294 ff. (Cannstadt): Eine $11^1/_2$ tägige Unterbrechung wegen einer militärischen Übung ist eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit (großer Betrieb, bei dem das Fehlen des einen oder anderen Arbeiters auch betriebstechnisch keine wesentliche Rolle spielt. Die Fortbezahlung des Lohnes keine wirtschaftlich erhebliche Ausgabe).

d) KG., KGBl. **04** 31, R. **04** 251 Nr. 1151 läßt es dahingestellt, ob denjenigen ein Verschulden trifft, der die Übung zum Zwecke der Beförderung freiwillig übernommen hat.

5. Anrechnungspflicht.

a) Materiell.

GewGer. **9** 294 ff. (Cannstadt): Muß sich der militärisch Einberufene die sog. „Familien-Unterstützung", welche seine Familie für die Zeit der Einberufung erhält, anrechnen lassen? — Bejaht: Wenn auch das Forderungsrecht nicht in seiner Person entsteht, so ist es doch auf sie zurückzuführen. Es handelt sich um einen Akt sozialpolitischer Fürsorge des Deutschen Reichs. Der § 616 Satz 2 ist analog auf diese Unterstützung anzuwenden. Unterstützung wie Krankengeld dienen genau den gleichen Zwecken. — Ebenso ist die Löhnung anzurechnen. — Eventuell kommen als Aufwandsersparnis im Haushalt 40—50 Pf. täglich in Betracht; auf der anderen Seite erhöhen sich aber seine Ausgaben, insbesondere durch Wirtshausbesuche und zweimaligen Besuch der Familie.

b) Prozessual.

RG. HansGerZ. **04** Beibl. 168: Wenn Schadensersatz für Bruch eines Dienst- oder Werkvertrags gefordert und eingewandt wird, Kläger habe seine Arbeitskraft inzwischen anderweit nutzbringend verwandt, so muß über diese Einwendung zuvor Entscheidung ergehen, ehe ein Urteil über den Grund des Anspruchs erlassen werden kann (**RG. 49** 44, JW. **02** 393 Nr. 12, 421 Nr. 15, 632 Nr. 5).

6. Anwendung des § 616. Kritik und Vorschläge.

a) Kritik.

α. *Hilse, R. **04** 276: Während der Dienstverpflichtete und aus § 133c GewO. auch der Gewerbegehilfe höherer Ordnung im Erkrankungsfalle auf die ihm fortzuzahlende Dienstvergütung sich dasjenige anrechnen lassen muß, was ihm aus einer bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt, befreien §§ 73, 62 HGB. den Handlungsgehilfen von dieser Anrechnungspflicht. Dieser Zustand ist nach Hilse aber nicht mehr haltbar, seit durch das G. v. 25. Mai 1903 die bis dahin fehlende Versicherungspflicht der Handlungsgehilfen eingeführt wurde.

β. Hilse, Anspruch auf Lohnfortbezug während militärischer Übung, R. **04** 598: Nach der Spruchübung der Gewerbegerichte haben Dienstverpflichtete niederer Ordnung bei einer 14 tägigen, solche höherer Ordnung bei einer sechswöchigen Übung noch Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes. Dies kommt auf ein Verschieben der wirtschaftlichen Leistungen aus der rein persönlichen Militärpflicht hinaus und wird sowohl in den Kreisen der Gewerbetreibenden und sonstigen Dienstgeber als ungesetzlich empfunden als auch von den höchsten Verwaltungsstellen anerkannt (Erlasse des preußischen Kultus- und Justizministers v. 6. Januar und 15. Oktober 1904). Diese kommen auf ein Bestreiten des Rechtsanspruchs hinaus und kennzeichnen sich als eine bloße Vergünstigung für die-

jenigen, welche sich einer solchen infolge Anhänglichkeit zur Dienststellung würdig gezeigt haben. Es läßt sich deshalb erwarten, daß die bisherige Spruchübung aufgegeben und den praktischen Verhältnissen im gewerblichen Leben mehr angepaßt werde. Auf jeden Fall müßte aber dem Grundsatze des § 615 Rechnung getragen werden (Anrechnung der Ersparnisse und anderweitigen Verdienste, Sold 2c.).

γ. S. a. u. zu d β.

b) Anordnung des preuß. Justizministers.

α. R. **04** 569, JMBl. **04** 271 teilt die Verfügung des preuß. Justizministers vom 1. 11. 04 betr. die Anwendung des § 616 gegenüber den in ihrem Dienste stehenden Personen. αα. Arbeiter, die mindestens ein Jahr ununterbrochen im Dienste der Justizverwaltung beschäftigt sind, erhalten bei militärischen Übungen von nicht mehr als vierzehn Tagen zwei Drittel des Lohnes, wenn sie verheiratet oder überwiegend Ernährer von Familienangehörigen sind. Bei länger dauernden Übungen wird der bezeichnete Teilbetrag nur für die ersten vierzehn Tage gezahlt. — ββ. Allen Arbeitern wird bei Arbeitsversäumnis infolge von Teilnahme an Kontrollversammlungen, Aushebungen und Musterungen sowie infolge von Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten der Lohn für die Dauer der notwendigen Abwesenheit weiter gewährt. Die etwa für den Zeitverlust anderweit gewährten Entschädigungen sind anzurechnen. γγ. Im übrigen findet ein Anspruch auf Vergütung bei Unterbrechung der Arbeit nicht statt. Es bleibt in diesen Fällen dem Ermessen des Vorstandes der Behörde überlassen, den Lohn für die Dauer der Verhinderung zu gewähren. Beispiele für solche Verhinderungsfälle: Wahrnehmung gerichtlicher Termine in eigenen Angelegenheiten, Anzeigen beim Standesamt, Eheschließung, Geburten, Taufen usw. —

β. Siehr, DJZ. **04** 1133/4 gelangt im Anschluß an diese Verfügung zu folgenden Ergebnissen:

αα. In Dienstverträgen sind Spezialabreden über die Folgen zeitweiliger Verhinderung des Angestellten zu treffen, die geeignet sind, beide Teile vor Überraschungen durch ihren Intentionen nicht entsprechende richterliche Normierung der Verhinderungsfolgen zu sichern.

ββ. Wirtschaftliche starke Arbeitgeber sollten konkret prüfen, wo ausnahmsweise auch freiwillige Belassung des Gehalts in unverschuldeten Verhinderungsfällen durch besondere Tüchtigkeit oder Notlage des Angestellten geboten erscheint.

γγ. Auch die Vertreter von Vermögen einer juristischen Person oder einer Gesellschaft sollten nach dem Grundsatz zu ββ handeln und die Oberrechnungskammer bzw. die Gesellschafter ihnen aus solcher Handlungsweise keinen Vorwurf machen.

c) Übung der sozialdemokratischen Druckereien.

GewGer. **9** 269 teilt den § 616 abändernde Bestimmungen, wie sie in den sozialdemokratischen Zeitungsdruckereien vereinbart werden, bezüglich Verhinderung durch militärische Übungen pflichtmäßige Teilnahme an Versammlungen usw. und Verhinderung durch persönliche und familiäre Umstände mit.

d) Anordnung des preuß. Ministers der öffentlichen Arbeiten.

α. In ähnlicher, aber teilweise zugunsten der Arbeiter abweichender Weise regelt die fraglichen Verhältnisse der ebenda 158 mitgeteilte Erlaß des preußischen Ministers der öffentlichen Arbeiten vom 7. 12. 03: Arbeiter, die mindestens ein Jahr ununterbrochen im Dienste beschäftigt sind, erhalten, wenn sie verheiratet oder überwiegend Ernährer von Familienangehörigen sind, bei militärischen Übungen von nicht mehr als 14tägiger Dauer zwei Drittel des Lohnes. Bei Arbeitsversäumnis infolge von Teilnahme an Kontrollversammlungen, Aushebungen, Gerichtsterminen oder öffentlichen Wahlen wird allen Arbeitern der Lohn für die Dauer der notwendigen Abwesenheit weiter gewährt. Bei anderen

Fällen der Arbeitsversäumnis wegen dringender persönlicher Angelegenheiten bleibt es dem Ermessen der Verwaltung überlassen, den Lohn zu gewähren, den Arbeitern aber steht ein Anspruch auf den Lohn nicht zu.

β. *B. Hilse, PrVBl. 26 30, tritt der seitens der Gewerbegerichte vielfach vertretenen Rechtsüberzeugung, daß ein Gewerbegehilfe bzw. Dienstverpflichteter niederer Ordnung für die Dauer einer zweiwöchigen, ein Werkmeister, Techniker, Betriebs- oder Privatbeamter einer sogar sechswöchigen militärischen Übung Anspruch auf Lohnfortbezug habe, entgegen und stützt sich auf den Erlaß des Ministers für öffentliche Arbeiten vom 6. 1. 04, welcher bloß den länger als ein Jahr in Beschäftigung stehenden Personen bis längstens 2 Wochen $^{2}/_{3}$ ihres Lohnes vergünstigungsweise zubilligt. S. a. o. zu § 89 u. § 616 Ziff. 6 a. —

§ 617. 1. Welcher Zeitpunkt ist für die Pflicht aus § 617 bei Krankheit maßgebend? S. JDR. **2** Ziff. 5 zu § 612.

a) Delius, JLBl. **04** 37/8, bezweifelt gegen Schultzenstein — JDR. **2** zu § 617 —, daß der § 617 auch auf den Fall anwendbar sei, wo der Dienstverpflichtete schon vor dem Dienstantritte krank war. Die Auslegung des Wortes „Erkrankung" erscheint ihm zu weit ausgelegt. — Auch darin stimmt er nicht bei, daß der Dienstberechtigte Brillen, Krücken, Bruchbänder u. A. soll selbst liefern müssen. Der Begriff „erforderliche Verpflegung" muß unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Pflicht des Dienstherrn sich höchstens auf 6 Wochen erstreckt, interpretiert werden. — Diese Frist rechnet er — anders als Sch. — erst von demjenigen Tage ab, an welchem der Dienstverpflichtete wegen der Erkrankung seine Arbeit einstellt, oder auf sein Ansuchen um Verpflegung das Vorhandensein einer Erkrankung festgestellt wird. Weigert sich der Dienstverpflichtete, in eine öffentliche Krankenanstalt sich aufnehmen zu lassen, so geht sein Anspruch vorläufig verloren. Erklärt er sich später dazu bereit, so lebt die Verpflichtung des Dienstberechtigten wieder auf. Bei privaten Krankenanstalten ist zu prüfen, ob sie den nötigen Erfordernissen entsprechen.

b) OLG. **9** 289, R. **04** 528 Nr. 2225 (Frankfurt): Der § 617 verlangt weder ein Verschulden des Dienstherrn, noch auch eine Erkrankung infolge der Dienstleistungen. Ja, er gewährt sogar den Anspruch auch dann, wenn der Dienstverpflichtete seine Krankheit selbst — nur nicht grobfahrlässig oder vorsätzlich — verschuldet hat. Ebensowenig will er aber auch hinsichtlich der Zeit der Entstehung und des Ausbruchs der Krankheit Unterschiede machen. Sonst würde die Vorschrift ihren sozialpolitischen Zweck verfehlen. Auch ist die Belastung des Dienstherrn keine allzuschwere. S. auch JDR. **2** Ziff. 5a.

2. *Schultzenstein, PrVerwBl. **25** 439, 440: Bei dem hauptsächlich im Osten Deutschlands vielfach vorkommenden Scharwerkertum genannten Dienstverhältnis ist im Falle der Erkrankung des Scharwerkers nicht der Gutsherr, sondern der Instmann fürsorgepflichtig.

3. Gerhard, ZVersWiss. **4** 402 ff., erörtert ein Urteil des LG. I Berlin das einen sich auf § 617 gründenden Anspruch (Unfall eines Wirtschaftsfräuleins bei einem Heißluftmotor) für einen sich auf ein Kontraktverhältnis gründenden Anspruch und nicht für einen solchen ex lege erklärt. Gerhard führt aus, daß das Vertragsverhältnis zwischen dem Versicherten und dem Personal zum Gegenstand der Versicherung gemacht und daß diese beschränkt worden sei auf Ansprüche, die das Personal gesetzlich aus dem Dienstvertrage hätte, während darüber hinausgehende vertragsmäßige nicht unter die Versicherung fielen. Die Forderungen stützten sich aber ferner auf § 617 BGB. und § 96 GesO. und seien gerade Ansprüche ex lege, nur daß das Gesetz ihre Entstehung abhängig machte von dem Vorhandensein eines Dienstvertrags. — Dagegen recht-

fertige sich doch die Klagabweisung, weil die Fürsorge aus § 617 zwar eine Ausgabe bedeute, aber keinen Schadensersatz im Rechtssinne. Die Fürsorge aus § 617 stehe auf gleicher Stufe mit der Gewährung der Kost und Wohnung, — im Gegensatz zu dem § 618.

4) AG. Osterburg, BadRpr. **04** 125: Entsprechende Anwendung des § 617 und § 72 HGB., die ein entscheidendes Gewicht auf die zeitliche Ausdehnung der Gesundheitsstörung legen, auf § 11 des bad. Dienstbotengesetzes. —

S. über das Verhältnis des § 617 zu anderen Gesetzen JDR. **2** § 617 Ziff. 7.

§ 618. 1. OLG. **9** 288, R. **04** 575 Nr. 2472 (Stettin): Aus der dem § 618 zugrunde liegenden allgemeinen Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten folgt, daß dieser auch für die Unversehrtheit der vom Verpflichteten zu beschaffenden Geräte, soweit es die Natur der Dienstleistung gestattet, einzustehen hat.

2. Anwendung des § 618 auch auf den Beamtendienstvertrag.

a) *B. Hilse, MSchr. f. deutsche Beamte **28** 80, erachtet den Grundsatz, wonach der Dienstberechtigte Räume, Verrichtungen oder Gerätschaften so vorzuhalten hat, daß daraus Gefahren für den Dienstverpflichteten nicht zu besorgen sind, auf das Verhältnis zwischen dem Staate oder der Gemeinde zu ihren Beamten für anwendbar und deshalb ersterer verpflichtet, den letzteren für die auf eine gefahrbringende Beschaffenheit solcher ursächlich zurückführbaren Vermögensnachteile aufzukommen. Er hat dabei die Handlungen seiner Beauftragten aus § 278 BGB. zu vertreten, kann sich nach B. Hilse, PrVolksschularchiv **3** 115, aus dieser Haftung seinen Beamten gegenüber nicht, wohl aber einem Dritten, z. B. Schülern, Zeugen gegenüber durch die Berufung auf § 831 BGB. befreien.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 346 ff., PrVerwBl. **25** 527, EisenbE. **20** 328, R. **04** 17 Nr. 20: Anwendung der Grundsätze des bürgerlichen Dienstvertrags auf das Beamtenverhältnis, insbesondere des § 618. Eine Abortanlage ist für die Zwecke eines Bureaudienstes mittelbar notwendig, da ohne Benutzung einer solchen ein der Regel nach sich über den ganzen Tag erstreckender Schreibdienst im Geschäftszimmer nicht ausgeübt werden kann. — S. auch oben zu § 278 Ziff. 7p.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 904 ff., JW. **04** 284: Die Anstellung eines öffentlichen Lehrers enthält nicht den Abschluß eines privatrechtlichen Dienstvertrags, stellt vielmehr einen öffentlich-rechtlichen Akt dar; jedoch sie äußert Wirkungen, die nach Analogie der Grundsätze über den privatrechtlichen Dienstvertrag zu beurteilen sind, insbesondere liegt auch hier demjenigen, welchem die amtlichen Dienste zu leisten sind, die Pflicht ob, für die körperliche Sicherheit des Beamten bei seinen Dienstverrichtungen zu sorgen (Haftung einer Schulgemeinde für Beschädigung einer Lehrerin durch herabfallende, mangelhaft befestigte Wandtafeln).

3. Einzelne Fälle. Aus der Rechtsprechung. S. JDR. **2** § 618 Ziff. 5.

a) **RG.** SächsA. **14** 211 ff., R. **04** 503 Nr. 2095/6: Auch die Hausarbeit leistende Näherin steht unter dem Schutze des § 618. Auch die Beleuchtung der zu den Arbeitsräumen führenden Treppen liegt im Rahmen des § 618. Jedoch wurde Verstoß gegen § 618 und § 823 verneint, weil eine matte Beleuchtung für die außerhalb des Hauses liegende Treppe genügte.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 910: Es ist Sache des Dienstverpflichteten, nach den nötigen Schutzvorrichtungen sich zu erkundigen (Unfall eines Glöckners durch Herabfallen mangelhaft befestigter Klöppel. Haftung der Kirchengemeinde). S. ferner JW. **04** 383, R. **04** 447 Nr. 1801.

c) **RG.** SächsA. **14** 485 ff., JW. **04** 290, R. **04** 361 Nr. 1635: Eine allgemein übliche Sitte, die Dienstboten gegen die Gefahr des Fensterputzens durch den Gebrauch von umgitterten Fensterstühlen zu schützen, kann zu der rechtlichen Folgerung führen, daß die Nichtbeachtung dieser Sitte einen Verstoß gegen § 618 begründet. — (Das Urteil ist jedoch wegen Nichtberücksichtigung des § 254 aufgehoben worden. S. darüber oben zu § 254 Ziff. 10c unter γ.)

d) Kuhlenbeck a. a. O. 596 macht zu §§ 618, 619 auf frühere Entscheidungen des **RG. 8** 149, **4** 23, **34** 1, **12** 45, **11** 23 aufmerksam, bei Kuhlenbeck 596 bis 598 abgedruckt. — Danebenher kann außerkontraktliche Haftung laufen; bezüglich des § 833 **RG. 50** Nr. 56 s. a. a. O. 598—600.

4. Einzelheiten.

Krückmann, DJZ. **05** 390/1 wendet sich gegen Zürn, Handbuch des Gesinderechts 110 und rechnet unter „Krankheiten" (§ 128 der preuß. GesO.) auch starke Behaftung des Dienstboten mit Ungeziefer. Der in das Gesinderecht durch das preuß. AG. aufgenommene § 618 wirkt auch auf die übrigen Vorschriften zurück. Auch kann Anfechtung wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften in Betracht kommen (Hang zur Unsauberkeit). Die Frage, ob angefochten oder gekündigt wird, kann praktisch bedeutsam werden für die Verpflichtungen der Krankenanstalten zur Verpflegung erkrankter Dienstboten.

§ 620. **RG.** JW. **04** 233, R. **04** 314 Nr. 1395: Die Annahme ungleichartiger Kündigungsfristen beim Dienstvertrage verstößt nicht gegen die guten Sitten. Es ist daher auch eine Vereinbarung hinsichtlich der Kündigungsfrist des einen Teiles ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig.

§ 626. 1. Einwirkung der unberechtigten Kündigung auf das Fortbestehen des Dienstverhältnisses, insbesondere mit Rücksicht auf die Naturalleistungen. S. JDR. **2** § 626 Ziff. 1a.

Josef, Dienstwohnung und Dienstacker, R. **04** 498—500 macht gegenüber Fischer, Meyer und Böhm — s. JDR. **2** zu § 626 Ziff. 1a — darauf aufmerksam, daß die in freier Wohnung bestehende Vergütung u. U. mit der Fortleistung der übernommenen Dienste derart in Zusammenhang steht, daß sie dem Angestellten nur versprochen ist, um die Leistung der Dienste überhaupt zu ermöglichen. Hier hat der bloße Umstand, daß der Angestellte fernerhin die Dienste nicht leistet, den Fortfall seines Anspruchs auf die Benutzung gerade dieser Räume zur Folge. Ebenso hat die selbst unberechtigte Erklärung des Dienstherrn, die Dienste nicht annehmen zu wollen, die Wirkung, daß der Anspruch des Angestellten auf weitere Benutzung der Geschäftsräume wegfällt. Auch muß er u. U. Entschädigung leisten.

Den zur Leistung höherer Dienste Angestellten (§ 622) ist jedoch nicht zuzumuten, daß sie müßig im Hause oder auf dem Grundstücke des Dienstherrn verbleiben. Kann der Dienstherr auch nicht zur Annahme der Dienste gezwungen werden, so liegt doch grundsätzlich in der Ablehnung der Dienste ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vor (§§ 626, 628 Abs. 2). Zum Schadensersatz gehören dann auch der Geldwert der Wohnung und Beköstigung bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (§§ 251, 622).

Über die Besitzfragen aus §§ 855, 868 usw. s. a. a. O. 494/500 (gegen Dernburg und Böhm).

2. § 626 und § 325. S. JDR. **2** zu § 626 Ziff. 2.

Titze, KrVSchr. **45** 379, hält gegenüber Kisch, Unmöglichkeit 144 Anm. 33, 147, 148, 158 daran fest, daß das Rücktrittsrecht des § 325 und die Kündigungsrechte der §§ 542 und 626 nebeneinander nicht bestehen können. Sie sind in ihren Voraussetzungen so weit gefaßt, daß neben ihnen für das Rücktrittsrecht

des § 325 kein Raum mehr übrig bleibt. Vgl. auch Titze, Unmöglichkeit § 14 Anm. 3, § 15 Anm. 10.

3. Geltendmachung des Differenzeinwandes. S. JDR. 2 zu § 626 Ziff. 6 b β unter εε.

a) v. Seeler, Der Spieleinwand, AbürgR. 24 1—16, führt gegen RG. 53 266 ff. aus: Die Behauptung, daß die Erhebung des „Differenzeinwandes" eine moralisch zu beanstandende Handlung sei, ist schief in der Denkform und im Ausdrucke und geeignet, die gefährlichste Verwirrung moralischer und juristischer Begriffe herbeizuführen. Die Erhebung des Spieleinwandes an sich ist unter allen Umständen eine sittlich und rechtlich gebotene Handlung. Häufig hat er aber schon etwas Unrechtes getan. Das Differenzgeschäft ist im Grunde Spiel, Differenzspiel. Besonders „hohes Spiel" ist unmoralisch. — Wann aber ist in der Nichtbezahlung einer Spielschuld ein moralisch verwerfliches Verhalten zu erblicken? (7 ff.). Zwei Fälle sind zu unterscheiden. Ist der Verlierende in der Lage zu zahlen und zahlt er nicht, so kann ihm aus dem Nichtzahlen an sich ein Vorwurf gemacht werden. Im anderen Falle liegt aber das Tadelnswerte in zu hohem Spiel; der durch das hohe Spiel verwirkte Vorwurf wird durch die Bezahlung der Spielschuld nicht beseitigt. Unter keinen Umständen aber erfordert die Anstandspflicht volle Bezahlung der Spielschuld, wenn die Mittel zur Deckung anderer Schulden nicht ausreichen (KO. § 240 Nr. 1). Die strafbare Handlung liegt hier im Bezahlen der Spielschuld. — Keineswegs liegt in der Erhebung des Spieleinwandes begrifflich die Verweigerung der Bezahlung einer Spielschuld. (Beispiele dafür a. a. O. 9—11.) Wer unter Verheimlichung des Umstandes, daß es sich um ein Spiel handelt, auf Grund eines abstrakten Schuldscheins oder eines Anerkenntnisses, oder wer unter Vorbringung eines erdichteten Tatbestandes entgegen dem Willen des Gesetzgebers eine Mitwirkung des Gerichts zur Verwirklichung reprobierter Geschäfte erschleicht, handelt in fraudem legis. Ein Kaufmann, der den Einwand des § 764 unterdrückt, handelt gegen seine kaufmännische Ehre; ein Staatsbeamter macht sich des in ihn gesetzten Vertrauens unwürdig. — Im folgenden wird, unter Anwendung vorstehender Sätze, die Entscheidung des RG. bekämpft. S. ferner unten zu § 762 Ziff. 2.

b) *Nußbaum, Der Spieleinwand, Eine Erwiderung, AbürgR. 24 325 ff.: Die von v. Seeler aufgestellte Behauptung, die Erhebung des Differenzeinwandes sei eine rechtlich und sittlich gebotene Handlung, trifft nicht den Fall des „Registereinwandes", um den es sich in dem von v. Seeler ausgesprochenen Fall (RG. 53 266 ff.) wahrscheinlich handelt, sie schwebt auch, abgesehen hiervon, in der Luft. Eine rechtliche Pflicht ist nirgends statuiert, und die Entscheidung der Frage, ob eine moralische Verpflichtung vorliegt, hängt von volkswirtschaftlichen und anderen nicht juristischen Erwägungen ab, die v. Seeler überhaupt nicht berührt. v. Seeler konstruiert die Verpflichtung auch nur für den Rechtsstreit, während es tatsächlich vor allem auf die Qualifikation der außergerichtlichen Zahlungsweigerung ankommt, die der gerichtlichen regelmäßig vorangeht, bzw. es zur letzteren überhaupt nicht kommen läßt.

4. OLG. Marienwerder, PosMschr. 04 126: Zu einer Begründung der Entlassung ist der Dienstherr nicht verpflichtet.

5. OLG. Stettin, R. 04 602 Nr. 2602: § 626 findet neben den von der „Genossenschaft deutscher Bühnenangehöriger" und dem „Deutschen Bühnenverein" festgestellten Entlassungsgründen Anwendung. — Beleidigende Zurückweisung eines vom Direktor gemachten Vorhalts wegen schlechten Spielens als wichtiger Grund zur Entlassung des Schauspielers.

6. Wichtige Gründe. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. S. JDR. 2 Ziff. 6 zu § 626.

a) OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 58/9, R. **04** 528 Nr. 2226: Die Andeutungen des Dienstverpflichteten gegenüber dem Geschäftsherrn, man habe Verdacht der Urkundenfälschung, es seien Wechselreitereien vorgekommen, es sei Unterschlagung erfolgt, in der Erklärung, es sei alles Lug, Trug und Schwindel, was der Arbeitgeber hinsichtlich des Abrechnungsverhältnisses behaupte, sind wichtige Gründe zur sofortigen Entlassung sowohl nach § 626 BGB. als auch nach § 123 Nr. 5 GewO. gegeben.

b) OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 126: Geschlechtlicher Verkehr eines Inspektors mit Arbeiterinnen des Gutes wichtiger Grund zur Entlassung.

c) GewG. **9** 121/2 (Breslau): An der Bedeutung von Mißhandlungen und groben Beleidigungen als Entlassungsgrund ändert der Umstand, daß sie in geisteskrankem, von strafrechtlicher Verantwortlichkeit befreiendem Zustande ausgeführt wurden, nichts.

d) Kuhlenbeck, JW. **04** 600/601: Auch die Aufhebung eines Dienstvertrags im Rahmen des § 626 hat das **RG.** **23** 167 schon früher anerkannt; s. ferner **23** 170, **7** 77, **38** 114.

§ 627. 1. Entlassung und Austritt. Wirkung.

Fieberg, Entlassung und Austritt, DJZ. **05** 483 ff.: Auch heute wirken die unbegründete Entlassung und der unbegründete Austritt für die Zwischenzeit noch auf das Schuldverhältnis ein. — Sind bei unbegründeter Entlassung beide Teile darüber einig, daß der Anspruch des Angestellten auf die Gegenleistung und die Verpflichtung des Dienstherrn zur Gewährung unberührt bleiben, so führt die Entlassungserklärung lediglich zum Erlasse der Dienste (§ 397). Anders in dem Normalfalle, wenn der Dienstherr vermeint, daß ihm ein wichtiger Grund das Recht dazu gibt. Obwohl an dem Bestande des Schuldverhältnisses oder eines seiner Teile hier nicht gerüttelt wird, versetzt die Entlassung es doch in mehrfacher Hinsicht in einen pathologischen Zustand. Die Weigerung, die Dienste fernerhin anzunehmen, begründet den Annahmeverzug (§ 293). Der Dienstherr setzt sich mit der Entlassung selbst in Verzug. Liegt zur Zeit der Entlassung bereits Verzug des Angestellten in der Leistung der Dienste vor, so gerät der Dienstherr durch die Entlassung nicht ohne weiteres in Annahmeverzug, sondern erst gemäß § 295; dasselbe gilt, wenn der Angestellte seinen Dienst überhaupt noch nicht angetreten hat (anders Römer, DJZ. **03** 340). Die Entlassung macht dem Angestellten die Fortsetzung der Dienste unmöglich; er wird von der Leistung der Dienste frei und behält den Anspruch auf die Vergütung (§§ 275, 324). U. U. kann ihm nicht einmal die Wiederaufnahme der Dienste zugemutet werden; sie sind ihm also dauernd unmöglich gemacht. Endlich liegt in der Entlassung die Erklärung des Dienstherrn, daß er die Erfüllung der ihm obliegenden Vertragspflichten verweigern werde (§ 326). — Der seinen Austritt erklärende Angestellte setzt sich in Leistungsverzug mit der Pflicht zum Schadensersatze, dem Rücktrittsrechte des Dienstherrn (§ 326), und der Pflicht des Angestellten, auf Verlangen des Dienstherrn die unterbrochene Arbeit wieder aufzunehmen.

2. Dauerndes Dienstverhältnis. S. JDR. **2** § 627 Ziff. 3.

a) OLG. **9** 290 ff., R. **04** 575 Nr. 2473 (KG.) — s. auch oben zu § 611 Ziff. 6 f —: Dauernde Dienstverhältnisse sind solche, die nicht zur Aushilfe, sondern auf so lange Zeit eingegangen werden, daß das Dienstverhältnis nach der Anschauung des Verkehrs als ein solches von längerer Dauer erscheint, wenn es längere Zeit hintereinander ununterbrochen besteht. Eine Zeitdauer von zwei Jahren ist als dauernd im Sinne des § 627 zu erachten (Beispiele: Hofmeister, Leibarzt, Syndikus, Lehrer der zum Abiturientenexamen vorbereitet).

b) Hellwig 31 ff.: In einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen stehen z. B. der Leibarzt, der Direktor eines Krankenhauses, der Kassenarzt, der seine Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend der Kasse widmet gegen festes Gehalt, ebenso auch der gegen eine fixe Summe für ein Jahr engagierte Hausarzt. — Wann ist aber „längere Dauer", wann sind „feste Bezüge" gegeben? Darüber 32/3: Einzelheiten.

Das exzeptionelle Kündigungsrecht aus § 627 ist unverzichtbar (33).

3. Besonderes Vertrauen.

*Rabel, Haftpflicht des Arztes 25: Für die Beurteilung der Gewohnheit, nach welcher die Dienste auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, ist nicht die Natur der Dienste allein maßgebend, sondern auch der typische wirtschaftliche Charakter des Vertrags. § 627 bezieht sich daher z. B. nicht auf kassenärztliche Dienste.

4. **RG.** R. **04** 602 Nr. 2604: Das Kommissionsgeschäft ist ein Dienstverhältnis im Sinne des § 627.

§ 628. LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 249: Nach § 89 RAGO. kommt mit § 14 auch § 50 zur Anwendung, der als Sondervorschrift gemäß Art. 72 EGBGB. neben § 628 BGB. in Geltung verblieben ist; sie hat zur Folge, daß für das Dienstverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber der § 628 nur insoweit noch anwendbar ist, als ein Verschulden des Rechtsanwalts vorliegt.

§ 629. *Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2) 48: § 629 darf, weil strikt zu interpretierende Ausnahmevorschrift, auf den Fall der Arbeitsunterbrechung zwecks Vorbereitung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht angewendet werden.

§ 630. 1. GewG. **9** 205 (Gotha): In dem bloßen Verlangen der Papiere bei Gelegenheit der Entlassung ist das Verlangen nach Ausstellung eines Zeugnisses nicht enthalten. Fordert der Arbeiter ein solches, so hat er dies während der üblichen Geschäftsstunden zu tun. Zur Ausstellung eines Zeugnisses außerhalb der Geschäftszeit ist der Arbeitgeber nur dann verpflichtet, wenn er hierzu ohne besondere Mühe in der Lage ist und es andererseits dem Arbeiter nicht wohl möglich war, während der Geschäftszeit die Ausstellung zu fordern.

2. Nachträgliches Zeugnis.

a) OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 183 ff. (entschieden zu § 113 GewO.):

α. Die Ausstellung eines Zeugnisses ist auch dann geboten, wenn der Arbeiter zunächst ohne ein solches Beschäftigung zu erlangen versucht, und sich erst später der Besitz eines Zeugnisses hierzu als notwendig oder zweckmäßig erweist. —

β. Die Frage, ob nach Ausstellung eines Zeugnisses über Leistungen und Führung der Berechtigte nicht auf die Forderung dieses von ihm zu diesem Zwecke zurückzugebenden Zeugnisses beschränkt ist, oder ob er berechtigt ist, ein neues selbständiges Zeugnis zu verlangen, ist in dem Sinne der zweiten Alternative zu beantworten, da eine bloße Berichtigung ein Zurückgreifen des Arbeiters auf das ursprüngliche Zeugnis erforderlich machen und hierdurch der Zweck des Zeugnisses (Erlangung einer Beschäftigung) vielfach erschwert würde.

b) S. ferner OLG. Kiel u. zu Ziff. 3 a α a.E.

3. Recht auf materiell richtiges Zeugnis. Nachprüfung durch das Prozeßgericht. S. JDR. **2** zu § 630 Ziff. 4.

a) Literatur.

α. *Brückmann, Das Recht auf richtiges Dienstzeugnis, SeuffBl. **04** 449—465, wendet sich gegen die Urteile des OLG. Hamburg (JDR. **2** § 630 Ziff. 4b) und KG. (JDR. **2** § 630 Ziff. 4c) und ist der Ansicht, daß sie im Widerspruche sowohl mit der in der Literatur (453/4) als auch mit der in der bisher erwachsenen Rechtsprechung, insbes. der Gewerbegerichte (454/6) erwachsenen

herrschenden Ansicht stehen. Der Vergleich des OLG. Hamburg mit der Zeugnispflicht sei grundsätzlich verfehlt (456/7), auf die Beweisfrage werde oft auch anderswo nicht Rücksicht genommen (456/7). — Der Verletzte, führt er aus, hat ein Recht auf richtiges Zeugnis. Bei Verletzung dieses Rechtes kann § 824 (Fuld) nicht zur Anwendung kommen; sedes materiae sind vielmehr die §§ 242, 276, 823. — Sowohl von der Form wie von dem Inhalte gilt der § 242 für den Prinzipal; es kommt auf den einzelnen Fall an; Art und Dauer der Beschäftigung, Beschaffenheit des Aufhebungsgrundes, Bildungsgrad, soziale Lage der Beteiligten, soziales und ökonomisches Milieu sind jeweilig von bestimmendem Einflusse. Es ist auch zu berücksichtigen, daß der Prinzipal eine starke Verpflichtung nach außen eingeht, wenn er das Zeugnis ausstellt, daß er sich incertis personis für den Inhalt verbindlich macht. Ein Unterschied ferner zwischen der Abgabe eines „Urteils" und der Angabe von „Tatsachen" im Zeugnis ist nicht anzuerkennen, das Zeugnis ist der Quittung verwandt. Es gibt nur eine Zeugnispflicht auf seiten des Prinzipals und ein Zeugnisrecht auf seiten des Dienstverpflichteten, darin bestehend: daß durch das Zeugnis der Berechtigte in den wirtschaftlichen Zusammenhang eingereiht werde, in welchem zu stehen er nach dem in dem Arbeitsverhältnisse verbrachten Stück seiner Vergangenheit einen Anspruch hat. Deshalb ist fortwährend die Wirkung nach außen zu beachten; die Frage, wie das Zeugnis auf andere wirkt, insbesondere auf die Angehörigen des betr. Wirtschaftskreises, ist maßgebend, andererseits bezeichnet dieses wirtschaftliche Moment auch die Grenzen für die Leistungspflicht des Ausstellers. Der Zeugnisberechtigte hat nur einen Anspruch auf ein richtiges Zeugnis, nicht auf richtige Einzelangaben, Behauptungen, Urteile als solche. Das Zeugnis ist richtig, wenn es das Gesamtbild seines Inhabers so in die Erscheinung treten läßt, wie es einem unbefangenen Beobachter entgegentreten würde. Der Zeugnisberechtigte hat ein Recht auf richtiges Zeugnis, selbst wenn es ihm ungünstiger ist als das ausgestellte unrichtige. Er kann auch Rechtsmittel einlegen, mit dem Verlangen, ihm ein ungünstigeres, aber richtiges Zeugnis auszustellen. Er ist durch ein günstiges, aber unrichtiges „beschwert". Wenn auch allerhand subjektive Momente des Arbeitnehmers, Arbeitgebers, Arbeitsverhältnisses auf die Abfassung des Zeugnisses, namentlich auf die Form und Gestaltung, Einfluß üben, so muß doch der Umstand, daß sie im gegebenen Falle diesen Einfluß üben dürfen, in objektiver Weise berechtigt und feststellbar sein. Der nachprüfende Richter hat hier eine ähnliche Aufgabe wie bei Prüfung der „wichtigen Gründe". — Auch das „Urteil" muß auf Tatsachen beruhen. Der Zeugniserteiler muß es jederzeit in Tatsachen auflösen können. — Im Prozeß- und Bestreitungsfalle hat der Dienstpflichtige natürlich die Unrichtigkeit des Zeugnisses zu beweisen. Aber dann fällt dem Zeugniserteiler die Pflicht des substantiierten Bestreitens zu. — Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach den §§ 887, 888 ZPO.; praktisch wird sie vielfach unnötig sein, weil der Berechtigte u. U. in dem Gerichtsurteil ein wirksames Zeugnis besitzt.

In einem Nachtrag (518—521) unterzieht *Brückmann das Urteil OLG. **9** 251, SeuffA. **59** 465, SchlHolstAnz. **04** 168 (Kiel) einer Kritik. Den Prinzipal trifft keine „moralische", sondern eine rechtliche Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Zeugnisses; ein Recht des Prinzipals auf nachträgliche Berichtigungen, Zusätze u. dgl. in seinem Interesse ist nicht anzuerkennen. Der Prinzipal darf das Verlangen nach solchen Nachträgen abweisen; will er ihm aber entsprechen, so darf er es nur, soweit das Verlangen reicht und die Richtigkeit des ursprünglichen Zeugnisses durch die Veränderungen in Frage gestellt wird. — Ferner gegen OLG. **9** 252 (KG.) a. a. O. 521: Die Praxis geht dahin,

einen genauen Text im Urteilstenor vorzuschreiben; dann aber kann man auch damit im Klagantrage hervortreten. Das Gericht kann diesen Text wählen, oder aber einen anderen, der ihm besser oder richtiger scheint.

β. *B. Hilse, KGBl. **04** 37/38: Es verpflichten die zufolge Art. 95 EGBGB. fortgeltenden Gesindeordnungen die Dienstherrschaft zur Ausstellung eines wahrheitsgemäßen Dienstzeugnisses, und zwar bei Haftung dem neuen Dienstgeber gegenüber und Strafandrohung. Deshalb darf das abziehende Gesinde nicht die Annahme eines über seine Führung und Leistungen sich ungünstig aussprechenden Zeugnisses verweigern, vielmehr steht ihm bloß die Befugnis zu, durch Vermittelung der Polizei ein sein Fortkommen hinderndes in ein wahrheitsgetreues zu veranlassen, worüber nach B. Hilse, PrVerwBl. **25** 664, jedoch nicht im ordentlichen Rechtswege, vielmehr bloß im Verwaltungsstreitverfahren eine Entscheidung herbeizuführen ist.

γ. *Fuld, R. **04** 626, 627: Bei Streitigkeiten über den Inhalt von Dienstzeugnissen hat nicht der Dienstberechtigte die Richtigkeit des von ihm ausgestellten Zeugnisses, sondern der Dienstverpflichtete die Unrichtigkeit der auf Führung und Leistungen sich beziehenden Vermerke zu beweisen. Die bei den Gewerbegerichten herrschende Neigung, mit der Vermutung zu operieren, daß die Leistungen befriedigende seien, erscheint gegenüber der Tatsache, daß die Behauptung des Beklagten, die Leistungen des Klägers hätten dem Inhalte des Zeugnisses entsprochen, eine Leugnung der Klagevoraussetzungen enthält, welche die Beweispflicht des Klägers zur Folge hat, unberechtigt.

b) Rechtsprechung.

α. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 185 (S. a. o. Ziff. 2): Durch § 113 GewO. ist dem Arbeiter nicht etwa nur ein Anspruch darauf gewährleistet, daß ihm der Arbeitgeber überhaupt ein Zeugnis über die Führung ausstelle, sondern ein Anspruch auf ein wahrheitsgemäßes Führungszeugnis. Ihm steht ein Recht auf eine andere, dem wirklichen Sachverhalt entsprechende schriftliche Prädizierung zu, wenn die bereits erfolgte unrichtig ist. Dies gilt auch dann, wenn das Zeugnis nicht in der Feststellung bestimmter Tatsachen besteht, sondern in der Form eines Urteils abgegeben wird, und zwar nicht nur dann, wenn das in dem Zeugnis niedergelegte Urteil wider besseres Wissen abgegeben ist, sondern auch dann, wenn es der Überzeugung des Arbeitgebers entspricht, da der Arbeiter ein Recht auf „objektiv richtige Attestierung" hat. Der Beweis dafür, daß das Zeugnis mit dem verlangten Inhalte der Wahrheit entspricht, liegt dem Arbeiter ob. (Tatsächliche Würdigung, ob der Kläger „ehrlich gedient habe".)

β. GewG. **9** 297 (LG. Cleve): Der Arbeiter hat (nach § 113 GewO.) ein Recht darauf, daß das Zeugnis der Wahrheit entspreche, und kann nötigenfalls die Berichtigung im Klagewege erzwingen. Es fragt sich, ob der Arbeitgeber zur Berichtigung verurteilt werden kann. Dies könnte angezeigt erscheinen, wenn ein Zeugnis handgreiflich unrichtig oder gar wider besseres Wissen zum Nachteil des Arbeiters ausgestellt worden ist (ZPO. §§ 887, 888). Meistens ist aber das unrichtige Zeugnis nach bestem Wissen ausgestellt. Es ist nicht angängig, hier einen Unterschied zu machen. Man würde dann aber u. U., wenn man den Arbeitgeber zur Selbstberichtigung eines Zeugnisses verurteilt, auch die Fälle treffen, in denen er das Zeugnis nach seiner pflichtmäßigen Überzeugung ausgestellt hat, und ihn so zwingen, etwas zu bezeugen, was er für unwahr hält. Dies verstößt gegen das Wesen des richterlichen Urteils und ist auch deshalb unzulässig, weil sich der Arbeitgeber durch die Ausstellung eines derartigen Zeugnisses Nachteile zuziehen, insbesondere in die Lage kommen kann, sein Zeugnis im Rechtswege vertreten zu müssen. Deshalb muß erkennbar gemacht

werden, daß das Gericht die Berichtigung des Zeugnisses angeordnet hat: „Das Zeugnis wird dahin berichtigt, daß . . .“

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: An umfassenderen dogmatischen Arbeiten fehlt es, wie im Vorjahr, auch diesmal. Lediglich Dochnahl (s. unten zu §§ 640 ff.) hat in seiner Arbeit über die Gefahrtragung eine Reihe von Vorschriften aus dem Rechte des Werkvertrags behandelt. Im übrigen hat sich die Literatur auf kleinere, wichtige Sonderfragen behandelnde Aufsätze (über den Elektrizitätslieferungsvertrag, Vergütung von Entwürfen und Kostenanschlägen, die rechtlichen Folgen einer abgeänderten Theatervorstellung usw.) beschränkt. Die Rechtsprechung hatte es ebenfalls wenig mit begrifflichen und grundsätzlichen Fragen, sondern vorwiegend mit Einzelfällen zu tun. Von besonderem praktischen Interesse sind die Entscheidungen zu § 632 Ziff. 3 (Überschreitung des Kostenanschlags), § 633 Ziff. 2 (Klage auf Verwirklichung der Rückgängigmachung als Klage auf Wandelung), § 635 Ziff. 4 (Ermittelung des Schadensersatzes), § 638 Ziff. 2 (Begriff des Bauwerks), § 640 (Begriff der Abnahme) und die zu § 648 veröffentlichten Urteile.

Literatur: Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Rechte und dem BGB., Iherings J. 48 241 ff.

Zu §§ 631 ff. BraunschZ. **51** 117—124 veröffentlicht eine Zusammenstellung von Entscheidungen aus der braunschw. Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht, welche zum Teil in den früheren Jahrgängen oder im vorliegenden berücksichtigt sind, zum Teil im folgenden gebracht werden.

§ 631. 1. *Rosenberg, AzivPr. **94** 1: Über die Verteilung der Beweislast bezüglich der angemessenen Vergütung, s. oben zu § 433 Ziff. I 4. — S. ferner JDR. **2** zu § 631 Ziff. 1.

2. Berechnung der Vergütung nach den einzelnen Leistungen. S. JDR. **2** Ziff. 2 zu § 631.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 259 ff.: Ein Vertrag über die Herstellung von Fenstern und Türen für eine Isolierbaracke ist ein Werkvertrag. Das LG. nahm Dienstvertrag an. Der Dienstschuldner ist im großen und ganzen mehr unselbständig gestellt, er unterwirft seine Arbeitskraft der speziellen Anordnung und besonderen Unterweisung des Dienstberechtigten, während der Unternehmer eines Werkes mehr selbständig arbeitet. Das Vorhandensein eines Werkvertrags ist begrifflich nicht schon dadurch ausgeschlossen, weil verabredungsgemäß die Vergütung nach Zeitabschnitten berechnet ist. Wesentlich sind die ursprüngliche Festsetzung eines Einheitspreises, das Arbeiten in der eigenen Wohnung und die Herstellung von Sachen zu bestimmten Zwecken und mit einem bestimmten Erfolge.

3. Zustandekommen eines Werkvertrags.

a) LG. Halle, NaumbAK. **04** 43: Abschluß eines Werkvertrags verneint in einem Falle, wo der Beklagte mit einem anderen bei dem Unternehmer erschien und sagte, er wolle die nach Anweisung seines Begleiters anzufertigenden Arbeiten bezahlen, und dessen späteren Anweisungen durch Nicken zustimmte. Es war Sache des Unternehmers, wenn er nur auf Bestellung des Beklagten arbeiten wollte, dessen unzweideutige Erklärung herbeizuführen. Auch enthält im vorliegenden Falle die Beschaffung des Stoffes keine Bestellung. Es liegt eine — wegen Formmangels ungültige — Bürgschaft vor.

b) Obergericht für Schaffhausen, SchwJZ. **1** 95/6 erörtert tatsächliche Umstände, aus denen das Nichtzustandekommen eines Werk-(Bau-)vertrags gefolgert wird. Weder über die Situation des Baues, noch über das zu verwendende Material, noch über die Größenverhältnisse, die Anordnung und Einteilung der Kammern, noch über die Ausführung im einzelnen hat sich die beklagte Partei

aussprechen können. Vor allem hätten ihr ein Situationsplan, aber auch Detailpläne und ein ausführlicher Baubeschrieb vorgelegt werden müssen.

4. Werkvertrag und Dienstvertrag. S. JDR. 2 § 611 Ziff. 1.

a) *Düringer-Hachenburg 324: Unterschied des Werkvertrags vom Dienstvertrag und vom Mietvertrag.

b) *Rabel, Haftpflicht des Arztes 75—78: Damit eine verkehrsmäßige Vertragsart generell zum Werkvertrag statt zum Dienstvertrag gerechnet werden könne, ist u. a. nötig, daß der Verkehr den Arbeiter für die objektive Brauchbarkeit des Arbeitsresultats einstehen läßt.

5. Kaufvertrag und Werkvertrag.

Manigk, JBl. 04 140 gegen Eck-Leonhard, Vorträge 435 und 436 Anm. 1 über die Grenzen zwischen Kauf- und Werkvertrag. Entscheidend ist der Hauptgegenstand des Geschäfts. Auch eine Kundschaft, die Praxis eines Arztes, eine nicht patentierte Erfindung, eine Zeitung, ein Geschäftsgeheimnis sind verkäuflich. Das Werk ist hier überall schon da, z. B. die generische Geschäftskunde. Sie soll lediglich vermittelt werden. — Oft liegt auch nur Erfüllung einer Bedingung vor.

6. Abgeänderte Theatervorstellung.

a) Keßler, Eine abgeänderte Theatervorstellung, R. 04 438—440, bekämpft eine Entscheidung des LG. Hamburg (Hamb. Korrespondent v. 1. 11. 03), wo die Klage eines Billetkäufers gegen einen Billethändler auf Rückzahlung des Preises, weil statt eines Shakespeareschen Stückes ein modernes Lustspiel gegeben wurde, abgewiesen wurde. Beide Teile gehen stillschweigend davon aus, daß an dem Abend, für den das Billet verlangt wird, diejenige Vorstellung stattfindet, die bei Hingabe des Billets in den ortsüblichen Theateranzeigen für diesen Abend angekündigt ist. Jedenfalls liegt also ein gegenseitiger Vertrag vor nach §§ 320 ff. Im Falle der Abänderung ist § 323 maßgebend. Dem Billethändler wird die Leistung unmöglich. Der Umstand, daß es sich um ein Abonnementbillet handelt, ist unerheblich. Es muß aber nach Abschluß des Vertrags die Vorstellung abgeändert worden sein.

b) Dagegen Conrades, ebenda 525: Keßler übersieht, daß der Billetkauf nur die entgeltliche Abtretung des Rechtes gegen einen Dritten bildet. Der Dritte ist die Theaterverwaltung. Wer ein Recht käuflich überträgt, haftet nach § 437 nur für den Bestand. Eine stillschweigende Garantie ist nicht anzunehmen. Sichert sich jemand im voraus einen Platz, so muß er die Gefahr von dem Augenblicke an tragen. Wer ein Billet an der Tageskasse kauft, erwirbt ein Recht auf die zur Zeit des Kaufes angekündigte Aufführung und, falls sie nicht stattfindet, auf Rücknahme des Billets gegen Rückzahlung des Kassenpreises, wofern er das Billet vor Beginn der Vorstellungszeit zurückgibt.

7. Einzelne Fälle.

a) Literatur.

α. Elektrizitätslieferungsvertrag.

*Pfleghart, ArchBürgR. 24 317 ff., führt polemisierend gegen Oertmann, ArchBürgR. 22 340, Fick, GoldschmidtsZ. 54 348 und andere, welche, unter Negierung der Sachnatur der elektrischen Energie, den Elektrizitätslieferungsvertrag als Werkverdingung anzusehen geneigt sind, weil die dem Unternehmer obliegende Leistung auf Herstellung eines immateriellen Opus gerichtet sei, aus, daß man mit dieser Konstruktion deswegen nicht zum Ziele gelange, weil verschiedene relevante Tatsachen (Möglichkeit der Abgabe der Energie nicht an die Konsumenten, sondern an Zwischenunternehmer und Weiterveräußerung durch dieselben, Kontrollrecht des Unternehmers über die Verwendung der gelieferten Energie, widerrechtliche Entziehung derselben aus der Herrschafts-

sphäre des Abnehmers durch einen Dritten) keine Rechnung getragen werde. Ziehe man alle Bedingungen, unter denen die gewerbsmäßige Abgabe von Energie erfolge, in Betracht, so könne dieselbe nicht als eine bloße Arbeits-, sondern müsse als eine Sachleistung, das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft demzufolge entweder als ein Kauf oder als eine Sachmiete aufgefaßt werden.

β. Beförderungsvertrag über Postsachen.

Coermann, Die Haftpflicht des Absenders im Postverkehre, Gruchots Beitr. **48** 314 ff.: Durch die Aufgabe von Briefen, Postkarten, Drucksachen, Warenproben, Paketen und Telegrammen werden Werkverträge (§§ 631 ff.) abgeschlossen, bezüglich deren das BGB. dem Auflieferer lediglich die Verpflichtung auferlegt, die Beförderungsgebühren zu entrichten. Doch ist diese Verpflichtung durch das Postrecht so eingehend geregelt, daß für die Wirksamkeit des § 631 kein Raum bleibt. Die Gebührenhaftung des Absenders tritt schon mit der Auflieferung der Sendung ein. Sie ist in doppelter Weise erhöht (317 ff.).

b) Rechtsprechung.

α. Ausführung von Heizungsanlagen.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 71, R. **04** 361 Nr. 1636: Ausführung einer Niederdruckdampfheizungsanlage in einer Villa: Werkvertrag. Auf Verträge, deren Gegenstand die Veränderung einer dem Besteller gehörigen Sache ist, findet weder § 651 noch § 381 Anwendung, am allerwenigsten dann, wenn die veränderte Sache eine unbewegliche ist.

β. Vertrag mit Bauunternehmern.

Königl. Steuerkollegium (Württemberg), Boschers Z. **46** 93/4: Ein zwischen dem Käufer eines Bauplatzes und einem Dritten (Bauunternehmer) abgeschlossener Vertrag, der die Errichtung eines Gebäudes auf der erworbenen Area zum Zweck hat, ist ein Werkvertrag im Sinne des § 631 — im Gegensatz zu den Fällen, in welchen der Bauplatzverkäufer auf Grund eines gleichzeitig mit der Erwerbung der Area getroffenen Vertrags für den Bauplatzkäufer auf der betreffenden Area gegen besondere Entschädigung ein Gebäude zu errichten hat, auf die § 651 zutrifft. (Entschieden in Steuersachen.) S. auch unten zu § 651 Ziff. 4.

γ. Abdecken und Reinigen von Kies.

Bezirksgericht Zürich, SchweizJZ. **1** 69/70: Der Vertrag über das Abdecken und Reinigen des Kieses in einer Grube ist Werkvertrag, nicht Dienstvertrag. (Erörtert an einer Reihe von tatsächlichen „Indizien".) Der Werkvertrag dauert so lange, bis das Werk vollendet ist; zeitliche Beschränkung und Kündigungsrecht sind ihm aber begrifflich nicht zuwider.

δ. LG. Heidelberg, BadRpr. **04** 163: Haftung für Nebenabreden, — oben zu § 278 Ziff. 7 c α.

§ 632. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 134 nimmt eine vertragliche stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung auf Grund der Bremer Norm zwischen einem Architekten und einem Bauunternehmer an, indem es die Taxqualität der Norm dahingestellt läßt. S. auch JDR. **2** § 632 Ziff. 3.

2. *Rosenberg, AzivPr. **94** 90 Nr. 128: Den Beklagten trifft die Beweislast, wenn er ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der unentgeltlichen Herstellung behauptet.

3. Überschreitung des Kostenanschlags.

OLG. Cöln, RheinArch. **04** I 229 ff.: Durch den Kostenanschlag, für dessen Richtigkeit der Unternehmer die Gewähr nicht übernimmt, gibt er nur ein Gutachten über die voraussichtlich entstehenden Kosten ab. Danach hat der Unternehmer grundsätzlich das Recht, wenn eine Überschreitung des Anschlags nötig geworden ist, sich über die in diesem Anschlag vorgesehene Summe hinaus be-

zahlen zu lassen. Auch daß der Unternehmer es unterlassen hat, dem Besteller unverzüglich anzuzeigen, daß eine wesentliche Überschreitung des Anschlags nötig sei, ist unerheblich. Es steht ihm aber lediglich ein Anspruch auf Erstattung des dem Besteller durch die in Überschreitung des Kostenanschlags geleisteten Arbeiten und gemachten Aufwendungen zugekommenen Mehrwerts zu nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Das geht daraus hervor, daß das Gesetz dem Besteller in den §§ 650 Abs. 1, 645 Abs. 1 bei rechtzeitiger Anzeige ein Kündigungsrecht gewährt und dem Unternehmer nur einen entsprechenden Teil der Vergütung und des Ersatzes der Auslagen zubilligt. Auch § 683 findet keine, sondern § 684 entsprechende Anwendung.

4. Vergütung von Entwürfen und Kostenanschlägen. S. IDR. **2** Ziff. 9 zu § 632.

Michels, Die Vergütung der bei Bewerbung um die Hauptarbeit angefertigten Vorarbeiten, R. **04** 133/4: Möglich ist zweierlei: daß die Anfertigung und Einreichung der Vorarbeiten auf Grund einseitiger Bereiterklärung des Arbeitnehmers, — oder: daß sie auf Grund eines zwischen dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschlossenen Vertrags erfolgt. — Der erste Fall liegt meist vor, wenn Entwürfe, Kostenanschläge usw. bei allgemeinen Wettbewerben eingereicht werden. Die Anregung kann auch vom Arbeitnehmer ausgehen. In allen diesen Fällen kommt kein Vertrag zustande; insbesondere bildet die Hingabe und Annahme der Arbeit nicht einen Kaufvertrag oder Werkvertrag oder Vorvertrag zu einem solchen; die Einreichung behält den Charakter des Angebots; die Vorarbeit bleibt Eigentum des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist zu ihrer Bezahlung nicht verbunden. — Im zweiten Falle (s. oben) überträgt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der sich um die Hauptarbeit bewirbt, die Anfertigung der Vorarbeiten, und dieser verpflichtet sich zur Anfertigung, doch kann dieser auch bloß berechtigt und braucht nicht verpflichtet zu sein, das Angebot des Arbeitgebers anzunehmen. Der Vertrag hat durchweg zum Gegenstande die Anfertigung nicht vertretbarer Sachen von besonderer Individualität. Steht dem Arbeitnehmer kein Anspruch auf Vergütung zu: § 516 oder § 662, — andernfalls: §§ 433, 381 Abs. 2 HGB., — § 631, — § 651 Abs. 1. Ob eine solche beansprucht werden kann, dafür sind maßgebend in erster Linie die Parteiberedungen, oder aber die §§ 612, 632, 653. Daß die Voraussetzungen der Verkehrssitte im Einzelfalle vorliegen, hat der Arbeitnehmer zu beweisen. Der heutigen Anschauung in dieser Beziehung trägt aber auch schon HGB. § 354 Rechnung. Es kann jetzt schon als verkehrsüblich bezeichnet werden, daß der Arbeitnehmer, der innerhalb seiner Berufs- oder Gewerbetätigkeit oder unter Verwertung seiner berufstechnischen Kenntnisse auf Grund eines Vertrags für einen Arbeitgeber Vorarbeiten behufs Erlangung der Hauptarbeit anfertigt, hierfür Vergütung verlangen kann, sofern nicht ganz besondere Umstände ihren Ausschluß rechtfertigen. Wird dem Arbeitnehmer auf Grund seiner Vorarbeiten die Herstellung der Hauptarbeit übertragen, so kann er für sie meist verkehrsüblich keine besondere Bezahlung verlangen. — Für die Höhe kommen die §§ 612, 632, 653 in Betracht. Im Gegensatze zu Hilse (s. IDR. **2** a. a. O.) ist anzunehmen, daß auch die Hamburger Norm im Einzelfalle für die Festsetzung der Vergütung maßgebend sein kann.

5. *Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 252: Der Kehrlohn des Schornsteinfegers ist eine privatrechtliche Forderung und im Zivilrecht einzuklagen, auch wenn kein Tarif im Verordnungswege festgestellt sein sollte.

§ 633. 1. **RG. 57** 275 ff., IW. **04** 233, R. **04** 314 Nr. 1396: Aus den §§ 633—635 läßt sich ein Recht des Bestellers, im Falle der mangelhaften Erfüllung des Unternehmers Herstellung eines neuen, mangelfreien

Werkes zu fordern, nicht herleiten, ebenfalls nicht aus allgemeinen Erwägungen, — in Bestätigung des OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 73 ff.

2. OLG. Breslau, R. **04** 528 Nr. 2227: Bei der Klage auf Zahlung der Vergütung für ein noch nicht abgenommenes Werk trifft den Werkunternehmer die Beweislast der Herstellung mit den zugesicherten Eigenschaften und ohne die schädlichen Fehler. Selbst die Unerheblichkeit hat regelmäßig die Pflicht zur Nachbesserung und stets die Lohnherabsetzung zur Folge. Nur unerhebliche Mängel schließen dagegen die Wandelung aus. Darunter fallen niemals zugesicherte Eigenschaften. Der Beweis der nicht völligen Unerheblichkeit trifft den Besteller erst nach Abnahme des Werkes.

3. OLG. Breslau, SeuffA. **59** 140/1: Beim Werkvertrag ist trotz der dem Besteller in den §§ 633—635 gewährten besonderen Rechte die Einrede aus § 320 jedenfalls so lange zuzulassen, als das Recht auf Beseitigung des Mangels besteht, also nicht gemäß § 638 verjährt oder nach § 640 verwirkt ist.

4. OLG. Köln, R. **04** 447 Nr. 1802: Haftung des Schiffseigners als Schleppschiffahrtsunternehmer nach den Regeln des Werkvertrags.

§ 634. 1. *Düringer-Hachenburg: Die allgemeinen Befugnisse nach § 326 BGB. treten in den speziell geregelten des § 634 auf (329).

Eine zu kurz bemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzt doch eine objektiv angemessene Frist in Lauf (330).

2. **RG. 58** 424/5: Eine Klage, die allein und unmittelbar auf die Verwirklichung der Rückgängigmachung des Kauf- oder Werkvertrags gerichtet ist, kann auf jeden Fall als eine solche behandelt werden, über die nach Maßgabe der näheren, die Wandelung betreffenden Bestimmungen sachlich zu entscheiden ist. (Die Frage nach der Zulässigkeit der Wandelungsklage auf Rückgängigmachung ohne vorherige Verurteilung des Beklagten zur Einwilligung bleibt daher unentschieden.)

3. Abs. 2. **RG.** SächsA. **14** 225: Weigert sich der Unternehmer, die vom Besteller geforderte Beseitigung der nach § 633 Abs. 1 erheblichen Mängel zu beseitigen, so ist nach § 634 Abs. 2 ausnahmsweise die Fristsetzung aus Abs. 1 zur Entstehung des Wandelungsanspruchs nicht erforderlich.

4. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 311 zu c: Unerheblich ist, ob der Mangel aus Abs. 3 leicht zu beseitigen ist.

§ 635. 1. **RG. 56** 81—83, SeuffA. **59** 438—440 (in Übereinstimmung mit dem OLG. Breslau): Allen drei Ansprüchen aus §§ 633, 634, 635 ist gemeinsam, daß sie (abgesehen von § 634 Abs. 2) erst dann geltend gemacht werden können, wenn vorher der Besteller den Unternehmer gemäß § 634 Abs. 1 fruchtlos aufgefordert hat; insbesondere gilt dies auch für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

2. **RG. 58** 179/80 (s. auch unten Ziff. 4, gegen das OLG. Kassel): Ein Verzug aus § 633 Abs. 2 begründet nicht ohne weiteres einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Vertragsverpflichtung in ihrer Totalität. § 634 Abs. 4 kommt nicht in Betracht, auch nicht die analoge Anwendung des § 463. Den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung regelt der § 635.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 311: Unerheblich ist, ob nach Ablauf der Frist der Liefernde zur Abstellung der Mängel bereit ist.

4. **RG. 58** 173 ff., insbesondere 177, JW. **04** 468/9 (s. auch o. Ziff. 2): Der durch die Nichterfüllung entstandene Schaden ist nicht für sich zu ermitteln, sein Betrag sowie der des Werklohns bis zur gleichen Höhe gegeneinander aufzurechnen oder miteinander auszugleichen, so daß etwa u. U. der Mehrbetrag des Werklohns dem schadensersatzpflichtigen Unternehmer herauszuzahlen wäre, sondern: durch die Geltendmachung des begründeten Ersatzanspruchs wegen Nicht-

erfüllung werden die beiderseitigen Leistungen unmittelbar berührt. Der Vertrag wird nicht rechtlich aufgehoben, aber der ersatzpflichtige Kontrahent kann aus ihm nichts fordern; dem bedungenen Betrage des Werklohns bleibt nur die Bedeutung, daß er einen Faktor für die Höhe der dem Gegner zustehenden Ersatzforderung bildet; der für den Ersatzpflichtigen denkbar günstigste Fall besteht also darin, daß er nicht seinerseits zu neuer Zahlung zu verurteilen ist.

§ 638. 1. Anwendung des § 638 auf den Schleppschiffahrtsvertrag.

a) OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 361/2, HansGerZ. **04** Hauptbl. 78/9: § 638 findet auch Anwendung, wenn es sich um die Erzielung eines Erfolges handelt, also auch beim Schleppvertrag. Das Gesetz versteht unter Abnahme eines Werkes nicht bloß die Hinnahme, sondern seine Anerkennung als Erfüllung. Ein Einigsein der Parteien in Fällen, wo das Schiff den Vertragshafen nicht erreicht, über Beendigung des Vertrags enthält nur dann eine Abnahme des Werkes, wenn das Einverständnis sich dahin erstreckt, daß der Besteller die den Gegenstand des Vertrags bildende Schleppfahrt als ausgeführt ansehen will. (Verneint auf Grund tatsächlicher Würdigung.)

b) Dagegen teilweise Möller, Verjährung in Kollisionssachen, HansGerZ. **04** Hauptbl. 237 ff.: Er erörtert insbesondere die Kontraktsansprüche aus dem Schleppvertrage und die Anwendung des § 638. Dieser ist zwar ein reiner Werkvertrag. Aber nicht unbedenklich ist, daß man die Verletzung des geschleppten Schiffes als „Mangel des Werkes" auffaßt. Die sechsmonatige Verjährung erscheint hier als Härte, weil dem Schleppenden in dem geschleppten Fahrzeug Werte anvertraut werden, die zu dem Schlepplohn in gar keinem Verhältnisse stehen. Dennoch muß es bei der sechsmonatigen Verjährung bewenden, dagegen, was den Beginn der Verjährung anbelangt, so ist (anders das OLG. Hamburg, oben) der Schleppvertrag zu denjenigen Werkverträgen zu rechnen, bei denen gemäß § 640 nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Die Anwendung des § 640 Abs. 1 auf den Werkvertrag ist praktisch nicht möglich. Abnahme, d. i. „körperliche Entgegennahme und Billigung", bezieht sich nur auf solche Werke, bei denen es zu einer körperlichen Entgegennahme kommen kann. Es greift also hier § 646 Platz.

c) Über den Begriff der Abnahme s. insbes. u. zu § 640.

2. Bauwerk. S. JDR. **2** § 638 Ziff. 3.

a) **RG. 56** 41—44, SeuffA. **59** 395—397, JW. **04** 37, R. **04** 105 Nr. 462: Unter einem Bauwerk (Bau) ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen. Ein Brunnen, insbesondere ein Doppelröhrentiefbrunnen, ist kein Bauwerk (wird näher begründet). S. ebenso OLG. Marienwerder, R. **04** 447 Nr. 1803, ZBlFrG. **5** 266 Nr. 261.

b) AG. Waldshut, BadRpr. **04** 125: Ein Bauwerk erfordert doch mindestens eine feste und selbständige Begrenzung des Raumes von auf die Dauer berechnetem selbständigem Bestand über oder unter der Erdoberfläche. Erheblicher Wert und Umfang machen ein Werk noch nicht zu einem Bauwerke, wenn es an einem selbständigen Bestand, im Vergleiche zur Erdoberfläche, gebricht, diese selbst vielmehr nur — behufs Unterbringung von Röhren — einer Veränderung unterzogen wird. Grabarbeiten, Erdaushub usw. sind bloße Arbeiten an Grundstücken.

c) **RG. 57** 377 ff., JW. **04** 257, R. **04** 334 Nr. 1486 unter Aufhebung des Urteils des KG.: Ein innerer Grund für eine Unterscheidung zwischen dem als Ganzen verdungenen und dem aus den verdungenen Einzelarbeiten sich zusammensetzenden Bauwerk ist nicht ersichtlich; auch die Einzelwerke fallen unter den Begriff des Bauwerks (a. M. Goldmann-Lilienthal

(2) § 174 Nr. 41). Unter den Arbeiten an einem Grundstücke „bei einem Bauwerke" ist hiernach ebensowohl die Aufführung des Gebäudes als Ganzen wie die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder zu verstehen; ebenso in § 648; vgl. auch KGBl. **03** 97 (KG.). — Von einer Übergabe kann erst die Rede sein, wenn das Gebäude als durch das Zusammenwirken der Bauhandwerker fertiggestelltes Ganzes von dem Bauherrn übernommen wird.

§ 639. 1. Bedeutung und Inhalt des Garantieanspruchs. S. JDR. **2** zu § 639 Ziff. 1 und § 477 Ziff. 3.

2. OLG. Dresden, R. **03** 263 — JDR. **2** a. a. O. § 639 Ziff. 1b — s. jetzt auch SächsA. **14** 376—379 (ausführlicher).

§ 640. Begriff der Abnahme. S. JDR. **1** zu § 640, **2** zu § 640 Ziff. 1 und zu § 433 Ziff. 4.

a) Literatur.

α. Gegen Eck — s. JDR. **2** zu § 640 Ziff. 1b — wendet sich Manigk, JLBl. **04** 140: Die Abnahme ist nur die tatsächliche Abnahmehandlung und nicht zugleich konkludente Erklärung über die Qualität der Leistung.

β) *Dochnahl, Jherings J. **48** 241 ff.: Der Abnahmebegriff umfaßt sowohl eine körperliche Übernahme als eine Anerkennung des Werkes als Erfüllung (297 ff.). Die körperliche Übernahme ist nicht mit einer Besitzübernahme identisch. Die Abnahme bezeichnet den Moment, in welchem ich die veränderte Sache aus den „Händen des Unternehmers" (Oertmann, BürgRecht 362) als die nach dem Vertrage geforderte herausnehme und sie als dem ungestörten Gebrauche zugänglich wieder übernehme (301). Die unkörperlichen Werke sind daher nicht abnahmefähig (302). Mit Unrecht sprechen Oertmann, BürgRecht 362, und Enneccerus, BürgRecht (2) 685 Anm. 2, beim Transporte von einer Abnahme. Beim Transporte verkörpert sich das Werk nicht in der beförderten Sache, das Werk ist vielmehr die Beförderung selbst, ein abstrakter Begriff, welcher natürlich einer physischen Übernahme nicht fähig ist (301).

Im Gegensatze zu Oertmanns Ansicht ist anzunehmen, daß auch solche Werke abnahmefähig sind, welche nach Übereinkunft von einer anderen Person als dem Besteller in Empfang genommen werden sollen. Bei der physischen Übernahme wird in diesem Falle der Besteller vom Empfänger vertreten.

γ. Fr. K. Müller, BadRpr. **04** 180, nimmt mit Düringer-Hachenburg an, daß das Wort Abnahme die Annahme als Erfüllung einschließlich der körperlichen Hinwegnahme begreift.

δ. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung 4/5, versteht mit Cosack unter Abnahme diejenige Annahme, die den Käufer bzw. Besteller zur Untersuchung der gekauften Sache bzw. des hergestellten Werkes in den Stand setzt.

ε. *Düringer-Hachenburg 327: Abnahme-Annahme als Erfüllung.

ζ. S. auch o. zu § 638 Ziff. 1.

b) Rechtsprechung.

α. **RG. 57** 338/9: Die Begriffe Annahme der Erfüllung (§ 341), Annahme als Erfüllung (§ 363) und Abnahme (§ 640) sind gleichbedeutend. Nicht jede bloße äußerliche Hinnahme ist schon als Annahme anzusehen. Andererseits ist es nicht unumgänglich erforderlich, daß der Empfänger die Erfüllung als eine tadellose angenommen hat. Es genügt, wenn der Gläubiger die Leistung körperlich hinnimmt und dabei durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne.

β. OLG. Marienwerder, PosMSchr. **04** 71, R. **04** 385/6 Nr. 1698/9: Grundsätzlich gilt auch die mangelhafte Erfüllung als Erfüllung des Vertrags, mit der Folge der Gewährleistungsansprüche. Unter Abnahme ist nichts anderes zu verstehen als im § 433; jedenfalls ist auch die körperliche Hinwegnahme ein

wesentliches Moment des Begriffs der Abnahme; wo daher nach der Beschaffenheit des Werkes ein körperliches Hinwegnehmen unmöglich ist, liegt auch ein Fall vor, wo nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. In solchen Fällen entstehen die Gewährleistungsansprüche mit der Vollendung des Werkes (§§ 640, 646). Unter Vollendung kann in solchem Falle nur die an sich vollständige Fertigstellung verstanden werden, derart, daß das Werk in allen seinen vertraglich zu liefernden Teilen hergestellt ist, an seinem Umfange nichts fehlt. Nicht dazu gehört, daß es auch die zugesicherten Eigenschaften hat. — Bestätigt vom RG. 57 275 ff. — s. oben zu § 633 Ziff. 1.

§ 641. OLG. Hamburg, SeuffA. 59 466—468: Zahlungspflicht bei Auslieferung des Frachtguts am Bestimmungsorte (HGB. § 435, BSchG. § 26). Wie die Auslieferung und wann demgemäß die Zahlung der Fracht zu erfolgen hat, richtet sich nach den Umständen des Falles.

§ 642. *Düringer-Hachenburg 325: Anwendbarkeit der §§ 642 ff. auf den Werklieferungsvertrag nur dann zulässig, wenn dies dem ausdrücklich erklärten oder stillschweigend unterstellten Willen der Kontrahenten entspricht.

§ 644. 1. Abs. 1. *Dochnahl 304, 282 ff., 285: Macht der Zufall eine Wiederherstellung des Werkes nicht unmöglich, so ist vor der Abnahme der Unternehmer zur Wiederherstellung verpflichtet. Denn er hat ein Arbeitsresultat versprochen und wird von dieser Verpflichtung nur befreit durch Erfüllung oder Unmöglichkeit. Der Unternehmer ist aber auch zur Wiederherstellung berechtigt, d. h. er hat das Recht, von dem Besteller gegen Wiederherstellung des opus die Entrichtung der merces zu verlangen. Denn ob sich der Herstellung des Werkes anfangs Schwierigkeiten in den Weg stellen, ob es erst mißlingt, dann erst gerät, danach hat der Besteller nichts zu fragen, wenn ihm nur schließlich auf irgend eine Weise das Werk vertragsmäßig (d. h. auch in der vorgeschriebenen Zeit) geliefert wird. Die möglichen Härten dieses Prinzips müssen durch die Rücksichtnahme auf die bona fides gemildert werden (304, 282 f., 285).

2. Abs. 2. *Dochnahl: Unrichtig ist die Ansicht von Brandis, Rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung nach gemeinem Rechte und nach BGB. 36, daß § 644 Abs. 2 einen Anwendungsfall des § 645 (Anweisung) näher ausführe. Nach § 645 hat der Unternehmer nur gerade für den Schaden einzustehen, der (wenn auch mittelbar) infolge der Anweisung entstanden ist, nach § 644 Abs. 2 hat er jeden Zufall zu tragen, die Gefahr geht eben überhaupt auf ihn über (312, 313).

§ 645. *Dochnahl: In dem Anspruche des Unternehmers aus § 645 Abs. 1 ist kein solcher auf eine billige Entschädigung zu erblicken. Es wird dem Unternehmer eine Quote der Vergütung zugesprochen, und darin liegt eine Belastung des Bestellers mit der Gefahr (305).

Gleichgültig ist, ob der Schaden unmittelbar oder nur mittelbar durch die Anweisung entstanden ist. Der Besteller hat ihn veranlaßt und trägt daher nach § 645 die Gefahr (305).

Anweisungen im Sinne des § 645 sind alle von der gewöhnlichen Regel des Verkehrs abweichenden Anordnungen, die der Besteller in den Vertrag hineinträgt oder mit denen er nachträglich den Unternehmer versieht (305, 306).

Unter dem Stoffe im Sinne des § 645 sind auch Nebensachen und Werkzeug zu verstehen. Daher gilt die Ausnahme des § 645 hinsichtlich eines vitium materiae auch für den Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB.). Denn durch Lieferung von Zutaten seitens des Bestellers wird dessen Wesen nicht berührt.

Berechnung des Lohnbetrags bei teilweiser Ausführung des Werkes, namentlich wenn die Auslagen in der Vergütung einbegriffen sind, s. 307, 308. Dort auch Beispiele!

Eine Wiederherstellungspflicht und ein ebensolches Recht des Unternehmers besteht in den Fällen des § 645 nicht. Denn nach § 645 kann der Unternehmer seinen Lohn (wenigstens zum Teil) auch dann verlangen, wenn eine Wiederherstellung möglich ist — „. . . . untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden . . . .“ Im Falle der Wiederherstellung könnte also der Unternehmer nochmalige Vergütung verlangen. Doppelte Lohnzahlung ist aber im Vertrage nicht vereinbart und auch dem Besteller nicht zuzumuten. Auch hier muß die bona fides das Prinzip mildern (308, 309, 283, 284). Gleiches gilt für die Wiederherstellungsfrage im Falle des Gläubigerverzugs (311).

§ 646. *Dochnahl: Der Paragraph bezieht sich nur auf unkörperliche Werke.

§ 647. OLG. **9** 292 ff., R. **04** 57 Nr. 24, 74, RJA. **4** 221, ZBlFrG. **5** 430 ff. (KG.): § 647 findet auch in den Fällen der §§ 1259 ff. Anwendung: Werkmeisterpfandrecht für Ausbesserungskosten an einem Schiffe. Vgl. im übrigen unten zu § 1257.

§ 648. 1. Geht das Recht aus § 648 bei Abtretung über? S. JDR. **2** § 648 Ziff. 2 und **1** zu § 401 Ziff. 2, § 648 Ziff. 3 c.

LG. Frankfurt a. M., FrankfRdsch. **38** 216/7: Das Recht des § 648 ist nicht ein der Forderung als solcher verliehenes Sicherungsrecht, sondern ein ausschließlich zum Schutze des Unternehmers dem Besteller gegenüber diesem als Person zustehendes Recht auf Sicherung seines Anspruchs. Der Rechtsnachfolger (Zessionar) kann dieses nur dem Unternehmer zustehende Recht auf besonderen Rechtsschutz nicht mehr begehren. § 401 Abs. 2 bestätigt dies (s. diesbezüglich oben zu § 401 Ziff. 3).

2. **RG. 58** 303, JW. **04** 449, ZBlFrG. **5** 266 Nr. 259, DJZ. **04** 946, R. **04** 503 Nr. 2097: Das im § 648 gegebene Sicherungsmittel greift nur in dem Umfange Platz, in welchem der Unternehmer das Zurückbehaltungsrecht nicht ausübt; dies ergibt sich schon aus Satz 2 nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil, s. auch Prot. II 326.

3. OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 287: Der Prozeß, der zum Inhalte hat den Anspruch auf Löschung einer Unternehmerhypothek, ist nicht identisch mit dem Prozeß über die Pflicht zur Zahlung der durch die Hypothek gesicherten Forderung, wenn auch die beiderseitigen Klagansprüche auf demselben Werkvertrage beruhen.

4. OLG. Posen, PosMschr. **04** 22, R. **04** 192 Nr. 897: Die Eintragung einer Sicherungshypothek aus § 648 kann bei Weigerung des Grundstückseigentümers nur auf Grund eines vollstreckbaren Urteils stattfinden.

5. OLG. **6** 85 (KG.) — s. JDR. **2** zu § 648 Ziff. 5 Abs. 1 — jetzt auch SeuffA. **59** 141/2, — aufgehoben durch **RG. 55** 141 ff., JW. **03** 243 — JDR. **2** zu § 648 Ziff. 5 Abs. 2 — s. jetzt auch SeuffA. **59** 322—325, DNotVZ. **4** 9 bis 10, BayNotZ. **04** 275/6.

6. LG. Dresden, ZBlFrG. **4** 626/7: Auch die Ausbesserung eines bereits früher fertiggestellten Gebäudes oder Gebäudeteils ist ein Werkvertrag in bezug auf ein Grundstück, sofern nur die Ausbesserung als Arbeitsprodukt übernommen worden ist.

§ 649. S. über Vorabentscheidung über die Einwendung der Anrechnungspflicht oben zu § 616 Ziff. 5 b.

§ 651. 1. **RG.** ElsLothrJZ. **29** 641: Auf die Verpflichtung, eine vertretbare Sache für einen Dritten herzustellen, finden die Vorschriften über den Gattungskauf Anwendung. Unrichtig ist die Ansicht Staubs, daß auch beim Gattungskauf die Lieferung mangelhafter Ware immerhin Leistung sei und daher den Verzug ausschließe. Vielmehr befindet sich der Verkäufer, soweit auch die übrigen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorliegen, im

Leistungsverzug. Es würde jedoch regelmäßig gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinem rechtmäßigen Interesse vollständig genügende Nachbesserung ablehnte.

2. RG. Gruchots Beitr. **48** 1070: Nach bestimmten Bauvorschriften und Zeichnungen herzustellende, unter sich verschiedene Dampfer sind als nicht vertretbare Sachen anzusehen, deshalb sind sie nach den Bestimmungen über Werkverträge zu beurteilen.

3. RG. R. **04** 166 Nr. 740: Lieferungsverträge über Maschinen haben dann den Charakter der Werkverträge, wenn die Maschinen einem bestimmten Raume oder Betriebe oder sonstigen Verhältnissen angepaßt werden müssen und daher ihre Individualisierung erforderlich wird (RG. **45** 63).

4. Kgl. Steuerkollegium (Württemberg), Boschers Z. **46** 90 ff.: Die Vertragsbestimmung, durch die sich der Käufer eines Hauses verpflichtet, die an dem Gebäude noch auszuführenden Arbeiten einem anderen zu übertragen, ist kein Werkvertrag, sondern ein Vertrag im Sinne des § 651. Auf ihn sind die Grundsätze vom Kaufe insbesondere auch dann anzuwenden, wenn es sich um ein Bauwerk handelt, das der Unternehmer auf seinem eigenen Grund und Boden und aus seinen Baumaterialien für den Besteller zu errichten hat. (Entschieden in Steuerfragen). — S. auch oben zu § 631 Ziff. 7 bß.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Das Mäklervertragsrecht hat wiederum durch die Wissenschaft keine merkliche Förderung erfahren. Dagegen hat die Rechtsprechung es in einer ganzen Reihe von wichtigen Einzelfällen teils fortgebildet, teils schon früher ausgesprochene Sätze tiefer befestigt und von neuem bestätigt (Voraussetzung des Kausalzusammenhanges, Erfordernis des Bewußtseins von der Mäklertätigkeit usw.). Besonders hervorhebenswert erscheinen die zum Kapitel von der „Mäklertreue" gefällten Entscheidungen (§ 652 Ziff. 8, § 654). Zum § 656 bilden wieder wechselrechtliche Fragen das Hauptthema.

Literatur: Schneickert, Welche zivilrechtlichen Verbindlichkeiten kann die Mäklerei, insbesondere die Arbeitsvermittelung begründen? SeuffBl. **04** 261—268.

Zu §§ 652 ff. BraunschZ. **51** 97—107 veröffentlicht eine Zusammenstellung von im folgenden berücksichtigten Entscheidungen zum Mäklervertragsrechte.

§ 652. 1. Allgemeines. S. JDR. **2** Ziff. 1, 2.

a) Schneickert: Enthält die Erklärung des Mäklers eine Verpflichtung zur Ausführung der gewünschten Vermittelung, dann ist seine Arbeitsleistung nicht mehr nach den §§ 652 ff., sondern nur nach den §§ 611 ff. zu beurteilen. (Ebenso Endemann 495 Anm. 4). Der Vermittler kann dann auch unter allen Umständen für seine „Dienstleistung" eine Vergütung beanspruchen, gleichviel ob sie Erfolg hat oder nicht. Bei einem Mäklervertrag aber hängt die Pflicht zur Bezahlung nur vom Erfolge ab. Macht der Mäkler sein Tätigwerden von der Bedingung einer Gegenleistung, etwa in Form eines Geldvorschusses abhängig, so ist die Rückforderung ausgeschlossen, es besteht eine naturalis obligatio (Endemann 420 Anm. 8). Erst mit dem eingetretenen Erfolge der Vermittelung wird der Mäklervertrag mit rückwirkender Kraft für beide Teile perfekt; doch kann ihm die Wirkung eines obligatorischen Vertrags durch die Vereinbarung der Parteien von vornherein beigelegt werden.

Einen rechtlichen Anspruch begründet der bloße Arbeitsnachweis für den Auftraggeber nicht, da er kein Vertragsverhältnis darstellt und der Wille zum Vertragsabschlusse mangels einer Vertretungsbefugnis auf seiten des Vermittlers nicht vorhanden sein kann. Der Arbeitsnachweis ist lediglich eine Empfehlung gemäß § 676.

Die Verpflichtung der Arbeitsvermittler (Gesinde- und Stellenvermittler) bezüglich der Annahme und Ausführung der ihnen zugehenden Vertragsofferten wird nur von den §§ 34, 35, insbes. 35 Abs. 3 RGewO. berührt und der bayr. Ministerialbekanntmachung vom 1. 7. 01 (näheres 266/7). Dagegen unterstehen die sog. Arbeitsämter mit kommunaler Unterstützung und Verwaltung nicht dieser Bekanntmachung und den §§ 652—656. Sie haben den Charakter einer städtischen Wohlfahrtseinrichtung. Für einen eventuellen Schaden, den der bei einem solchen Amte Beschäftigte einem Dritten, dem Auftraggeber, zufügt, haftet in erster Linie die Gemeinde, in zweiter der Kommunalbeamte selbst. Auf den Arbeitsnachweis sind die §§ 826, 676 nicht anwendbar.

Eine private Arbeitsvermittelung ist auch in der Form eines Rates oder einer Empfehlung nach den §§ 241 ff., 823 ff., 676 denkbar.

b) OLG. Dresden, DJZ. **04** 272: Die Übertragung der Leistung an den Mäkler kann auch stillschweigend erfolgen, insbesondere dadurch, daß jemand die Mäklertätigkeit entgegennimmt, oder daß er sie sich mit dem Bewußtsein, daß die Tätigkeit als eine zu vergütende entwickelt wird, gefallen läßt. Doch muß auch hier der Mäkler beweisen, daß die andere Partei erkannt habe, der Mäkler entwickele seine Tätigkeit in ihrem Interesse, wolle ihr Dienste leisten. Kann indessen die andere Partei annehmen, er werde allein im Auftrage eines Dritten tätig, so kann nicht von einer auch nur stillschweigend erfolgten Übertragung einer Leistung im Sinne des § 652 die Rede sein. — S. im ähnlichen Sinne OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 97/8 Nr. 1 b.

c) *Rosenberg, AzivPr. **94** 114 ff., 118 Nr. 181: Über die Verteilung der Beweislast bezügl. des angemessenen Lohnes siehe zu o. § 433 Ziff. 4.

Der Mäkler, der den Lohn einklagt, braucht nur das Versprechen des Lohnes und das Zustandekommen des Vertrags zu beweisen. Der Beklagte, der seine Verpflichtung bestreitet, weil der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist (§ 652 Satz 2) oder weil die Zahlung der Provision noch von anderen Voraussetzungen abhängig gemacht worden sei, trägt für diese Behauptungen die Beweislast.

d) OLG. **9** 7, R. **04** 139 Nr. 625 (Colmar): Es liegt in der rechtlichen Natur des Mäklervertrags, daß er sich nur auf zukünftige, nicht auf vergangene Dienste beziehen kann. Soweit eine Belohnung für bereits geleistete Dienste versprochen wird, liegt ein Mäklervertrag nicht vor. S. auch OLG. **9** 8, R. **04** 480 Nr. 1971 (Dresden). Der Kläger hat auf die Bejahung seiner an den Beklagten gerichteten Frage, ob dieser sein Haus verkaufen wolle, ohne weiteres den Kauflustigen genannt, während das Vergütungsversprechen erst nachgefolgt ist. Gleichwohl liegt in der betr. Zusicherung ein rechtsverbindliches Versprechen; ein abstraktes Schuldversprechen liegt nicht vor.

2. Erfordernis des Aufrechtbleibens des vermittelten Geschäfts. S. auch JDR. **1** Ziff. 2 d, **2** Ziff. 3 zu § 652.

OLG. Stuttgart, DJZ. **04** 822: Regelmäßig geht die Absicht der Parteien beim Abschlusse eines Mäklervertrags dahin, es solle der Mäklerlohn nur dann endgültig verdient sein, wenn das vermittelte Geschäft unbedingt geworden ist und infolgedessen aufrecht bleibt. Daß eine anderweite Vereinbarung getroffen sei, hat der Mäkler, der hierauf seinen Anspruch auf Mäklerlohn stützt, zu beweisen.

3. Solvenz und Insolvenz des Kontrahenten. S. JDR. **1** zu § 652 Ziff. 1 b Abs. 3, 2 e, **2** zu § 652 Ziff. 4.

a) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 104/5 Nr. 16: Die mit dem Mäkler getroffene Vereinbarung, daß dieser nur einen zahlungsfähigen Käufer zuführen solle, stellt sich lediglich als Erweiterung der Vertragspflichten des

Mäklers dar, deren Erfüllung den Provisionsanspruch gewährt, deren Nichterfüllung ihn hinfällig macht.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 52: Haftung des Mäklers, der eine Person, deren Zahlungsunfähigkeit ihm bekannt ist, unter arglistiger Verschweigung dieser Tatsache oder gar betrüglicher Versicherung des Gegenteils seinem Auftraggeber zuführt (§§ 292, 276 Abs. 2, — 823 Abs. 2, 826).

4. Erfordernis des Kausalzusammenhanges. S. JDR. **2** Ziff. 5 zu § 652.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 223, R. **04** 630 Nr. 2712: Der ursächliche Zusammenhang wird dadurch nicht notwendig ausgeschlossen, daß die Verhandlungen unterbrochen waren und später ohne Mitwirkung des Mäklers wieder aufgenommen wurden (Verneinung auf Grund tatsächlicher Würdigung).

S. ferner im Sinne der herrschenden Ansicht OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 103 Nr. 12, 13: Nicht notwendig, daß die Tätigkeit des Mäklers die alleinige Ursache des Geschäftsabschlusses war, es genügt Mitwirkung (Zubilligung des Provisionsanspruchs).

S. auch noch ebenda 101 Nr. 9 (älteres Recht), Nr. 10 (bloße Zuweisung eines Reflektanten u. U. genügend).

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 344—346, R. **04** 630 Nr. 2711, in Übereinstimmung mit dem OLG. Stettin: Der Auftraggeber muß bis zum Vertragsabschlusse von der zu dessen Herbeiführung entwickelten Tätigkeit des Mäklers Kenntnis erhalten haben, da nur unter dieser Voraussetzung der Vertragsabschluß des Auftraggebers dessen unbedingtes und endgültiges Einverständnis mit der Tätigkeit des Mäklers darlegt, der Auftraggeber auch nur bei solcher Kenntnis imstande ist, bei der Festsetzung der Vertragsbedingungen auf den Mäkler und dessen Vergütung die erforderliche Rücksicht zu nehmen. — Übereinstimmend JDR. **2** Ziff. 5a zu § 652, ferner OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 99 Nr. 6 (älteres Recht), 100 Nr. 7 a. E. (älteres Recht), insbesondere 100/101 Nr. 8 mit ganz ähnlichen Ausführungen wie das RG. (vorstehend).

OLG. 8 77 (Dresden): An dem ursächlichen Zusammenhange fehlt es, wenn der Kontrahent bei Vertragsschluß die bestimmte Überzeugung davon, daß der Käufer ihm vom Mäkler nicht zugewiesen, hatte.

5. Geschäfte mit abweichendem Inhalte.

OLG. Posen, PosMschr. **03** 74 — s. JDR. **2** Ziff. 6b — s. jetzt auch OLG. 8 76. —

6. Freiheit der Entschließung für den Auftraggeber.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **67** 101 — s. JDR. **2** zu § 652 Ziff. 7, 8aβ — jetzt auch OLG. **8** 76/7, R. **04** 166 Nr. 741, 742.

S. ferner OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 106 Nr. 21, 103 Nr. 14b, 100 Nr. 8.

OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 104 Nr. 15: Der Mäklervertrag kann jederzeit vom Geschäftsherrn mit dem Erfolge gekündigt werden, daß der Mäkler, sofern er nicht schon tätig geworden und auf diese Tätigkeit das später zustande gekommene Rechtsgeschäft zurückzuführen ist, oder sofern er nicht sonst in arglistiger Weise beiseite geschoben wird, weder seinen Mäklerlohn noch sonst für seine Bemühungen oder Auslagen Entschädigung verlangen kann.

7. Begriff der „Vermittelung".

a) OLG. **9** 7, R. **04** 139 Nr. 625 (Colmar): Der Begriff „Vermittelung" deckt sich nicht mit den weitergehenden Begriffen des Verursachens und Herbeiführens. Eine Tätigkeit ist mithin nicht schon deshalb eine Vermittelung, weil sie für das Zustandekommen eines Geschäfts kausal gewesen ist. Unter Vermittler versteht man vielmehr schon eine Mittelsperson, die durch das Verhandeln

mit beiden Parteien einen Vertrag zwischen ihnen herbeizuführen sucht. Auch müssen beide Kontrahenten wissen, daß zwischen ihnen vermittelt werden soll. Eine Vermittelung liegt nicht vor, wenn die Tätigkeit einer Person sich darauf beschränkt, einen Dritten in irgend einer Richtung zu beeinflussen, ihn lediglich durch Erteilung von Rat und Auskunft zu einem Vertragsschluß anzuspornen. Die Hauptaufgabe des Vermittlers besteht darin, die auseinander strebenden Willensrichtungen der Beteiligten einander zu nähern und womöglich zu vereinigen.

b) OLG. **9** 6, BraunschZ. **51** 102 Nr. 11, R. **04** 480 Nr. 1970 (Braunschweig): Ist schlechthin eine „Vermittelung" aufgetragen, so ist nur erforderlich, daß ein Verhandeln des Mäklers mit beiden Vertragsparteien — bei dem Nachweis einer Vertragsgelegenheit ist nur der Nachweis einer irgendwie erkundeten Gelegenheit notwendig — stattgefunden hat und daß zwischen dieser Tätigkeit und dem Vertragsschluß ein Kausalzusammenhang besteht. (S. a. o. Ziff. 4.) Ein solcher ist dann vorhanden, wenn in dem einen eine der Bedingungen zu erblicken ist, welche für die Verwirklichung des andern erforderlich waren; schon in der Zuführung eines Kontrahenten ist eine den Begriff „Vermittelung" erfüllende Tätigkeit des Mäklers zu erblicken, wenn infolgedessen der Vertrag zustande gekommen ist.

S. ferner OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 98 Nr. 4: Unter „Nachweisung" eines Geschäfts ist zu verstehen die bloße Mitteilung eines in Aussicht stehenden Geschäfts; die Vermittelung begreift eine umfassende Tätigkeit, eine Mitwirkung zum Abschluß eines Geschäfts durch eine auf Herbeiführung der Willenseinigung der Kontrahenten abzielende selbständige Tätigkeit.

c) Über die Begriffe des „Zuführens" und „Unterhandelns" s. JDR. **2** zu § 652 Ziff. 8 b, c.

8. Vertragstreue des Maklers. Persönliche Eigenschaft.

a) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 105 Nr. 18, SeuffA. **59** 257/8: Der Umstand, daß sich der Mäkler zur Zeit des Abschlusses des Mäklervertrags bei einer Konkurrenzfirma des anderen Teiles befunden hat, ist kein Geschäftsbestandteil und für den Inhalt und die rechtliche Beurteilung des Vertrags ganz gleichgültig. — So ähnlich OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 105 Nr. 17.

b) OLG. **9** 7/8, R. **04** 139 Nr. 625 (Colmar): Was vom Standpunkte des Mandatars aus an sich nicht unsittlich ist, wird unsittlich dadurch, daß sich die Zwischenperson unter der Maske eines Freundes an die andere Partei herandrängt, um sie unter Mißbrauch des erschlichenen Vertrauens in fremdem Interesse zu beeinflussen. Das Versprechen eines Lohnes für eine derartige Tätigkeit ist nichtig.

c) **RG.** (Straff.) JW. **04** 583: Ist der Makler, der sich einem Kauflustigen als Vermittler anbietet, gar nicht in der Lage, in dessen Interesse irgend etwas beim Abschlusse des Geschäfts zu tun, indem er vielmehr in seinem eigenen Interesse und in demjenigen des Verkäufers den Kaufpreis heraufschrauben muß, so macht er sich des Betrugs (§ 263 StGB.) schuldig.

9. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. S. a. JDR. **2** Ziff. 8.

a) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 98 Nr. 3: Die Vereinigung zweier Personen zu dem Vermittelungsgeschäft ist als sog. Gelegenheitsgesellschaft anzusehen.

b) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 98 Nr. 2: Ist die Ehefrau alleinige Eigentümerin des Grundstücks, dessen Verkauf einem Makler übertragen wird, so reicht der Umstand, daß beide Eheleute beim Vertragsschlusse mit ihm verhandelt haben, allein nicht hin, den Ehemann als Mitkontrahenten oder als neben der Ehefrau persönlich zur Zahlung der Provision verpflichtet anzusehen.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 223: Bei Grundstücken kommt ein auf den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufvertrags gerichteter Mäklervertrag im Verkehrsleben nur selten vor.

d) AG. u. LG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 71, über den Begriff der „Assistenz" bei Umschreibung eines Postens usw. in Position IV Nr. 15 der Hamburger Maklergebührentaxe. Darunter kann man nur eine geschäftliche Tätigkeit verstehen, bei welcher der Hausmakler vermöge der ihm in solchen Geschäften innewohnenden größeren Gewandtheit den geschäftsungewandten Klienten in der Art des Prozessierens vor dem Grundbuchamte berät und ihm behilflich ist. (Verneint in einem Falle, wo der Makler ihn lediglich dem Grundbuchrichter vorgestellt hat.)

e) OLG. BraunschZ. **51** 106 Nr. 21: Provision bei Darlehensverträgen ist nicht schon mit dem Zustandekommen eines Darlehensversprechens, sondern erst mit dem Abschluß eines Darlehensvertrags (Realkontrakts), mit dem Geben und Nehmen des Geldes verdient.

f) LG. Mainz, HessRspr. **5** 117/8: Die Parteien können formlos festsetzen, daß der von einem Grundstückskaufvertrag zurücktretende Teil dem Makler den Lohn bezahlen werde. Von der Formvorschrift des § 313 Abs. 1 werden nur das Veräußerungsgeschäft und solche Vereinbarungen getroffen, welche mit ihm in innerem Zusammenhange stehen. Nach § 328 kann der Makler selbständig auf die Leistung klagen.

g) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 282: Keine Provision, wenn solche nur für die Erreichung eines bestimmten Preises versprochen, dieser aber nicht erreicht wird.

In gleichem Sinne OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 105 Nr. 19.

h) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 98/9 Nr. 5: Im einzelnen Falle kann der Mäklerlohn ganz oder zum Teil auch für den Fall des Mißlingens oder der Vereitelung des Erfolges mittelst einer besonderen Abrede zugesagt werden.

§ 653. 1. OLG. **9** 7 (Colmar) verneint die stillschweigende Vereinbarung, weil der Kläger, ein Neffe der Beklagten, kein gewerbsmäßiger Makler sei.

2. OLG. **8** 439 (Hamburg): Läßt sich die Vergütung weder nach einer Taxe noch nach einer bestehenden Übung bestimmen, so ist sie nach den §§ 315, 316 festzusetzen.

§ 654. 1. LG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 84ff.: Zulässig ist, daß der Makler beiden Interessenten gegenüber sich zur Ermittelung des Gegenkontrahenten verpflichtet, während er dem anderen Vertragsteile verspricht, in seinem Interesse zwecks Zustandekommens des Vertrags selbst tätig zu werden. In beiden Fällen darf der Makler sich auch von beiden Teilen Vergütung zusagen lassen. Es kommt aber darauf an, ob er kollidierende Interessen vertritt. Der § 654 will nichts anderes als den § 138 und die Grundsätze von Treu und Glauben anwenden. — Beim Kaufe besteht nur das Interesse des Verkäufers darin, daß ein möglichst hoher, dasjenige des Käufers darin, daß ein möglichst niedriger Preis erzielt werde. Wenn der zu erzielende Preis das Hauptinteresse der Vertragsinteressenten bildet, darf der Makler loyaler Weise nicht gleichzeitig beiden Teilen als Vertrauensmann sich anbieten.

2. S. auch OLG. Posen, R. **04** 552 Nr. 2372: Aus dem Umstand allein, daß sich ein Makler auch von dem Gegenkontrahenten eine Provision hat zusagen und zahlen lassen, kann nicht Vertragsverletzung angenommen werden. Dieser Umstand ist aber insofern von Bedeutung, als nicht ein, sondern nur ein halbes Prozent angemessen ist.

§ 656. 1. Hingabe eines Wechsels. S. JDR. **2** Ziff. 3a.

a) KGBl. **04** 73, SchlHolstAnz. **04** 314/5, R. **04** 528 Nr. 2228 (KG.): In der Hingabe eines Wechsels ist eine Leistung im Sinne des Abs. 1 Satz 2 dann nicht zu erblicken, wenn der Wechsel zahlungshalber und zur Begründung eines neuen Schuldversprechens gegeben wird. Der Empfänger kann demnach keine Rechte aus dem Wechsel herleiten; ihm steht der Einwand der Ungültigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts entgegen. Er haftet aus ungerechtfertigter Bereicherung für empfangene Valuta. Auch eine Einwilligung des Wechselgebers selbst nach Begebung des Wechsels ändert daran nichts, weil sie kein Erfüllungsgeschäft (§ 656 Satz 2) darstellt und somit keinen Rechtsgrund für das Behalten der Valuta schafft.

b) LG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 111/2: Wird ein Wechsel wegen einer nicht klagbaren Forderung an Erfüllungsstatt gegeben, so erlangt der Wechselnehmer erst dann Zahlung im Sinne des § 656 Abs. 1 und 2, wenn der andere Teil ihn einlöst. Gibt der Wechselnehmer ihn weiter, so erlangt er dadurch noch keine Zahlung; die Frage, ob er die Valuta behalten darf, hängt von dem Verhalten des anderen Teiles ab. Es liegt in dessen Belieben, ob er den Wechsel einlösen will oder nicht. Nur wenn der Geber des Wechsels freiwillig in Erfüllungsabsicht an den Indossatar zahlt, ist das Geschäft völlig erledigt, so daß § 656 Abs. 1 Satz 2 platzgriffe. Wird der Wechsel aber von ihm eingelöst, weil er von dem Empfänger schon in die Hand eines gutgläubigen Dritten gegeben ist zur Vermeidung unnützer Protestkosten, so liegt keine freiwillige Zahlung vor. Um den Betrag der von dem Indossatar erhaltenen Valuta sind die Empfänger bereichert (§§ 656 Abs. 1, 812). — Bestätigt vom OLG. Frankfurt, ebenda 113/4. Dem Kläger war es lediglich um die Erfüllung seines formalen Wechselversprechens zu tun. Daraus, daß er den Indossatar ohne gerichtlichen Zwang befriedigt hat, kann seine Absicht, das Lohnversprechen zu erfüllen, deshalb nicht entnommen werden, weil durch die besondere Natur des Wechselverkehrs die Vermutung begründet wird, daß der Indossatar die Wechselforderung ohne Kenntnis des ursprünglichen Schuldverhältnisses erhebt.

c) OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 107 Nr. 25: Die Unvollkommenheit, die dem zugrunde liegenden Geschäft anhaftet, hat zur Folge, daß auch die Übernahme einer wechselmäßigen Haftung durch einen Dritten für eine ihm fremde Ehemaklergebührschuld keinen rechtlichen Bestand hat.

2. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 106 Nr. 22: Vermittelung einer Heirat weder an sich noch gewerbsmäßig betrieben ein Handelsgeschäft.

3. Übergangsfragen.

a) **RG. 57** 16 ff. (preußischrechtlicher Fall): Frage, ob das Schuldverhältnis vor 1900 entstanden und daher nach ALR. zu beurteilen sei, bejaht.

b) Übergangsfragen im Sinne der herrschenden Ansicht entschieden: OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 106/7 Nr. 23a, b; s. JDR. **1** zu § 656 Ziff. 2.

4. Frühere Entscheidungen. a) OLG. Braunschweig, R. **03** 576 Nr. 2919, JDR. **2** zu § 656 Ziff. 3a, s. jetzt auch BraunschZ. **51** 107 Nr. 24.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 195, JDR. **2** Ziff. 3b, s. jetzt auch DJZ. **04** 1144.

Neunter Titel. Auslobung.

Vorbemerkung: Der Fall Dasbach-Hoensbroech und das berühmte Urteil des LG. Trier haben Veranlassung gegeben, den Begriff der „Auslobung" etwas näher zu betrachten und ihn gegen die „Wette" hin abzugrenzen. Daher findet sich auch unten zu § 762 noch einschlägiges Material. Eine größere Übereinstimmung ist allerdings kaum erzielt. Im übrigen bemerkenswert ist nur die zu § 660 mitgeteilte Entscheidung über

das — im JDR. 2 § 657 Ziff. 4 schon literarisch behandelte — Thema der polizeilichen Auslobungen.

Literatur: Heinsheimer, Zum Begriff „Auslobung", DJZ. 04 623 ff. — Köttgen, Zum Rechtsfall Hoensbroech-Dasbach, R. 04 380 ff. — Kohler, Auslobung und Wette (Zwölf Studien: VIII), AbürgR. 25 1 ff. — Winkler, Der Rechtsfall Hoensbroech contra Dasbach, R. 04 355 ff. — Fernere Literatur s. u. zu § 762. —

§ 657. 1. Auslobung und Wette.

a) *Winkler (vgl. u. zu 762): Nach der Fassung des Gesetzes und den Motiven zum BGB. liegt bei festgestellter Ernstlichkeit des Geschäfts eine Auslobung auch dann vor, wenn der Auslobende gerade das Interesse hat, daß die ausgelobte Handlung nicht ausgeführt wird, und ist in Erledigung einer früheren Streitfrage der Abschluß eines solchen Rechtsgeschäfts insbesondere dann anzunehmen, wenn, ohne daß es sich lediglich um eine marktschreierische Anpreisung handelt, öffentlich ein Preis auf den Nachweis der Fehlerhaftigkeit einer Ware ausgesetzt und dieser Nachweis erbracht ist.

b) Köttgen wendet sich gegen Winkler: Das Trierer Urteil geht davon aus, daß das Ziel der Auslobung eine irgendwie geartete Tätigkeit dritter Personen sein muß. Notwendig sei daher eine Aufforderung, etwas zu tun. Die durch die Auslobung angeregte Tätigkeit Dritter und die Belohnung sollen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Eine solche Aufforderung sei aber in der Erklärung der einen Partei in der Versammlung zu Rixdorf nicht zu erblicken, sondern lediglich ein zum Zwecke der Verstärkung der Überzeugungskraft erfolgtes Wettangebot. — Er selbst führt aus: Das Erfordernis gegenseitigen Einsatzes ist für das Wettgeschäft nicht begriffsnotwendig. Den Gegenstand der Wette bildet ein Streit über die Wahrheit einer Behauptung. Ein solcher Streit liegt auch bei der einseitigen Wette vor. Das Wesentliche der Wette ist jedoch in der Abhängigkeit des Leistungsversprechens von der Bewährung oder Nichtbewährung der Behauptung zu erblicken. Eine solche Abhängigkeit des Leistungsversprechens von der Bewährung der Behauptung des Versprechenden liegt aber sowohl bei einem Leistungsversprechen einer Partei wie bei einem beiderseitigen Leistungsversprechen vor. Mit dieser Auffassung stimmt auch der Sprachgebrauch überein. — Lehnt man sie ab, so muß § 762 auf die „einseitige, halbe" Wette analog angewendet werden. Die Tatbestände der zweiseitigen und einseitigen Wette sind in ganz besonderem Maße ähnlich. Das einseitige Leistungsversprechen ist ferner ebenso unwirtschaftlich wie das beiderseitige. Die Entscheidung einer historischen Frage aus dem Gebiete der Moralphilosophie ist eine hervorragend unwirtschaftliche Angelegenheit und um so mehr eine dem staatlichen Rechtsschutze fremde Aufgabe, als es den Parteien nicht auf das Geld ankam.

c) Heinsheimer verneint die Frage, ob die ernst gemeinte öffentliche Bekanntmachung „1000 Mark dem, der beweist, daß die Jesuiten lehren, der Zweck heilige die Mittel", „daß Darwin lehrt, der Mensch stamme vom Affen ab," einen klagbaren Anspruch auf den Preis im Falle der Lösung der Aufgabe begründe. Das sachliche Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Arten der Auslobung im BGB. (§ 657 und § 661) bildet die Natur der gestellten Aufgabe. Eine Preisbewerbung muß relative, d. h. mehr oder weniger gute Lösungen zulassen (§ 661 Abs. 2, 3). Daher ist die gewöhnliche Auslobung auf ein absolutes Ergebnis gerichtet, eine bestimmte „Handlung", einen konkreten „Erfolg"; daher läßt § 659 nicht die „Würdigkeit", sondern die Zeitfolge der Vollbringung oder das Los entscheiden. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht darum, gewissermaßen ein strittiges Zitat zu beschaffen, sondern den Beweis zu erbringen, daß die Jesuiten das Prinzip mittelbar aufstellen; somit liegt, wenn überhaupt eine Auslobung, eine

auf relative Leistungen gerichtete, ein Preisausschreiben vor (§ 661); eine gerichtliche Klage auf den Preis hat demnach zur Voraussetzung, daß die Lösung der Aufgabe von den Preisrichtern oder dem Auslobenden für würdig oder würdigst befunden wurde. Es wäre sonst sehr einfach, alle wissenschaftlichen, künstlerischen, religiösen, politischen Probleme durch Aussetzung mäßiger Geldpreise ein für allemal kraft der auctoritus rei judicatae zu erledigen.

d) Kohler: Die Form der Auslobung ist eine besonders gestaltete Vertragsform. Diese Form ist auch für die Wette verwendbar. S. darüber wie über den Begriff der Wette unten zu § 762.

Das Wesen der Auslobung liegt nicht lediglich in der Form, sondern im Inhalte. Es liegt darin, daß ein Vorteil versprochen wird für eine Werkleistung. Mithin gehört sie unter den Begriff des Werkvertrags. Werkleistung ist nicht identisch mit Vermögensleistung, auch nicht mit Leistung zum Vorteile der Vertragsgenossen. Das Werk braucht nicht dem Vertragsgenossen überlassen, geliefert zu werden. Werkleistung ist aber nur eine Kraftentwickelung, welche α) einem vernünftigen menschlichen Zwecke dient und β) welche der Vertragsgenosse durch den Vertrag als eine von ihm erstrebte Kraftentwickelung bezeichnet (6). Wo kein Werkvertrag, da keine Auslobung. Im Falle Dasbach-Hoensbroech handelt es sich um eine Werkleistung. Anders wenn jemand eine Behauptung aufstellt und demjenigen eine Belohnung verspricht, der das Gegenteil darzulegen vermag; denn die Darlegung dessen, daß der Antragsteller im Unrecht ist, hat für ihn keinen Leistungscharakter. Wird ein solches Tun, wie im Falle Dasbach-Hoensbroech, verlangt, so ist dies stets der Ausfluß eines besonderen Interesses; bei der Wette handelt es sich um bloße Rechthaberei. Ferner liegt regelmäßig in derartigen Fällen ein Preisausschreiben vor, bei der der Auslobende oder der Preisrichter, und nicht das Gericht, die Entscheidung zu geben hat. Wer sich zur Leistung rüstet, muß sorgfältig erwägen, ob auch wirklich eine Auslobung (Werkvertrag) vorliegt.

2. PrOVG., DJZ. **04** 607: Den Preis, den „Gewinn", den ein Universitätsprofessor in einem Preisausschreiben erringt, verdankt er einer „gewinnbringenden Beschäftigung" im Sinne des § 7 Nr. 4 und § 15 EinkStG.

§ 658. *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 121 ff., 145: Die Auslobung kann — wie die einseitigen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen überhaupt — bedingt und befristet vorgenommen werden. Auch ist eine bedingte Vollmacht zur Vornahme einer Auslobung zulässig (vgl. zu §§ 158, 167 BGB.).

§ 660. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 221 ff.: In der Auslobung, die eine Belohnung verspricht demjenigen, der den Täter so nachweist, daß er wegen der Tat bestraft wird, ist die Herbeiführung eines Erfolges gefordert, dessen Eintritt der Natur der Sache nach durch die Tätigkeit eines etwaigen Bewerbers um die Belohnung allein nicht bewirkt werden kann, anderseits wird mehr als eine bloße Namhaftmachung des Täters gefordert.

Gleichgültig ist, ob der Bewerber die Nachweise zunächst zu dem Zwecke beigebracht hat, um sich selbst von dem auf ihm ruhenden Verdachte der Täterschaft zu befreien. — Tatsächliche Würdigung, daß die Nachweise des Bewerbers zur Herbeiführung der Verurteilung mitgewirkt haben. — Zubilligung der halben Belohnung, weil noch andere Umstände mitgewirkt haben: die Auffindung der Leiche, gewisse Feststellungen der Polizeibeamten; daß diese Bemühungen zugleich die Ausübung ihres Amtes bildeten, schließt die Berücksichtigung bei der Verteilung der Belohnung nicht aus. Die Auslobung forderte lediglich den erfolgreichen Nachweis und schloß ebensowenig die Untersuchungsbeamten wie Personen, die selbst in Verdacht gezogen wurden, aus. — S. auch JDR. **2** zu § 657 Ziff. 4.

§ 661. *Krug, Die Zulässigkeit d. reinen Wollens-Bedingung 183. Die Bestimmung des Abs. 2, wonach der Auslobende im Zweifel selbst die Entscheidung über die Würdigkeit der Bewerbung zu treffen hat, ergibt, daß auch bei einseitigen Rechtsgeschäften die Verpflichtung durch das reine (bloße) Wollen des Verpflichteten bedingt sein kann.

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Lediglich der § 676, insbesondere die Auskunftserteilung, ist wieder reichlich auch literarisch untersucht worden. Dort finden sich auch (Ziff. 3) über die wichtige Frage, ob bzw. inwieweit bei Erteilung einer Auskunft unter Umständen ein beteiligter Dritter berücksichtigt werden müsse, Entscheidungen, die zum Teil einen von der bekannten RG.-Entscheidung (**RG. 52** 365 ff., IDR. **1** § 676 Note 4) abweichenden Standpunkt erkennen lassen. Im übrigen sind nur Einzelfälle entschieden worden. Wissenschaftlich am interessantesten sind wohl die zu § 664 und § 665 mitgeteilten Urteile.

Literatur: Hellwig, Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben (1904).

§ 662. 1. OLG. **9** 9, R. **04** 480 Nr. 1973 (Celle): Wird Erstattung eines zur Deckung eines Wechsels verauslagten Betrags auf Grund eines Auftrags, den Wechsel einzulösen, verlangt, so enthält der Einwand, es sei dem Kläger gleich bei Erteilung des Auftrags der erforderliche Betrag übergeben, ein Bestreiten der Klagebehauptung. Der Inhalt des Auftrags ist je nach der Sachdarstellung ganz verschieden.

2. BayObLG. **4** 736: Die Einigung, es solle der eine Teil die Hypothekenforderung eines Dritten auf Kosten des anderen erwerben, die Hypothek löschen lassen, den Erwerbspreis aber an seiner Schuld abrechnen, ist Erteilung und Annahme eines Auftrags, indem der eine Teil sich verpflichtet, ein Geschäft des anderen — die von ihm beabsichtigte Befreiung von der Hypothekschuld — für ihn unentgeltlich zu besorgen; der erforderliche Aufwand sollte durch Abrechnung an der Schuld erstattet werden. Dieser Vertrag bedarf keiner Form.

3. BayObLG. **5** 104/5 — gegen das OLG. Zweibrücken —: Der Auftrag, der zwischen einem Notar und einer Partei in Ansehung der Sorge für Anlegung ihres Vermögens geschlossen wird, ist kein unentgeltlicher, da die Gebühr, die der Notar für die Beurkundung des Darlehensgeschäfts zu beanspruchen hat, nur die Gegenleistung für die Beurkundung bildet und er eine Vergütung für seine Bemühung um die Anlegung des Geldes nicht erhielt. (Entschieden mit Rücksicht auf den Grad der zu vertretenden Fahrlässigkeit aus Art. 1992 des l. c.). S. auch u. § 675 Ziff. 2.

4. OLG. **8** 436/7 (Posen): Haftung eines Rechtsanwalts für falschen Rechtsrat bezüglich des § 313.

5. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 173: Ersatzanspruch für einen durch Umstehen des Pferdes infolge Nichtausführung eines Auftrags zur Versicherung erlittenen Verlust; schuldhafte Nichterfüllung (§ 276); Entgang der Versicherungssumme.

§ 663. Hellwig 21: § 663 trifft auf den Arzt zu, der z. B. durch Inserate oder durch Anbringung eines Schildes am Hause — nicht an der Wohnung allein — sich bereit erklärt hat.

§ 664. OLG. **9** 294/5, R. **04** 57 Nr. 2475 (KG.): Es ist Tatfrage des einzelnen Falles, ob in der Substitutionsbefugnis die Ermächtigung enthalten ist, dem Auftraggeber unmittelbar einen anderen Vertreter anstelle des ausscheidenden Substituten zu bestellen, ob der Bevollmächtigte die Vollmacht tatsächlich in diesem Sinne weiter erteilt, oder ob er den Substituten nur sich zum Vertreter bestellt hat, um selbst durch diesen den Auftrag auszuführen. Bestellt der Bevollmächtigte kraft der Substitutionsbefugnis im Namen des Vollmacht-

gebers einen anderen zum Bevollmächtigten, so wird dieser unmittelbarer Vertreter des Vollmachtgebers nur dann, wenn die Substitutionsbefugnis die Ermächtigung enthält, namens des Vollmachtgebers einen neuen Vollmachtsvertrag abzuschließen.

§ 665. 1. Abschluß zu ungünstigeren Bedingungen.

RG. 56 392 ff., RheinArch. **04** II 154 ff., R. **04** 361 Nr. 1638: Das BGB. enthält keine Vorschriften darüber, wie sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem beauftragten Geschäftsführer gestaltet, wenn dieser das Geschäft zu ungünstigeren Bedingungen abschließt, als er durfte. Seine Leistung ist nicht die vertragsmäßig geschuldete; die Annahme kann vom Geschäftsherrn daher zurückgewiesen werden. Dann sind zwei Möglichkeiten gegeben: entweder ist eine andere vertragsgemäße Erfüllung nicht mehr möglich, dann hat der Geschäftsherr das Rücktrittsrecht aus § 325; — oder der Beauftragte ist noch in der Lage, seinen Auftrag anweisungsgemäß auszuführen: dann ist das Recht zum Rücktritt erst gegeben, wenn es nach § 326 die Folge des Verzuges des Leistungspflichtigen ist. (Überschreitung der Maximalgrenze beim Bieten auf ein Grundstück.)

2. Der Auftrag, Geld aufzubewahren. S. JDR. **2** zu § 665 Ziff. 2 und zu § 691.

OLG. Dresden, R. **03** 263 — s. JDR. **2** a. a. O. — ist aufgehoben durch **RG. 56** 149, DJZ. **04** 217/8, R. **04** 334 Nr. 1487: Der Auftrag, Geld aufzuheben, bedeutet für einen Kaufmann nicht notwendig, daß er das Geld in seinen Geldschrank legen solle, sondern nichts weiter, als daß der Erlös zur Verfügung des Eigentümers zu halten sei. Diesem kommt es nicht darauf an, ob der Beauftragte es selbst in Verwahrung nehme oder sicher hinterlege oder bei einer für sicher geltenden Bank auf Rechnungsbuch zu jederzeitiger Abhebung einzahle. Einen Betrag von mehr als 19000 Mark auch nur auf eine Woche in eigenen Händen zu behalten, könnte dem Beauftragten sogar zum Vorwurf gemacht werden.

3. Stellung des Geschäftsführers einer G. m. b. H.

*Merzbacher, G. m. b. H. § 37 Anm. 2: Der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. beschr. Haftung ist, ähnlich wie ein Beauftragter, der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei der Ausführung der ihm übertragenen Obliegenheiten nicht weiter zu gehen, als dies durch den Gesellschaftsvertrag oder einen etwaigen Anstellungsvertrag oder die jeweiligen Beschlüsse der Gesellschafter zugelassen wird.

4. Giroverkehr.

*S. Klein, Die Zahlungseinstellung der Girokunden, Goldschmidts Z. **51** 181/202, schließt es aus, daß irgend eine Verantwortlichkeit der Girobank daraus erwachsen könnte, wenn sie bei plötzlichem Eintritt einer Zahlungseinstellung des Girokunden die von dem anderen Teile beorderte Auszahlung an jenen unterließe. Qui suo iure utitur neminem laedit. Das Gesetz gibt dem Bankier das Recht, die Buchung nicht vorzunehmen, und im Wesen des Giroverkehrs liegt nichts, was dieses Recht ausschlösse. — S. a. JDR. **2** zu § 662 Ziff. 6b.

5. Arzt und Patient.

Hellwig 21/3: So lange konkrete besondere Weisungen nicht vorliegen, liegt in der Übertragung der Behandlung die allgemeine Ermächtigung, das Richtige zu tun. Der Patient kann den Arzt niemals zwingen, positiv etwas zu tun, was dieser für einen Fehler oder gar für gesetzlich verboten hält. Der Arzt darf nicht eine Maßnahme gegen den bestimmten Willen seines zurechnungsfähigen Patienten durchsetzen, und wenn die Weisung auf Vornahme einer bestimmten Operation lautete, so darf der Arzt nur dann ohne Einholung einer weiteren Weisung weitergehen, wenn der Patient durch den Aufschub erheblich gefährdet war.

Ein Patient behält das Recht der Selbstbestimmung auch dann, wenn er sich in ein Krankenhaus hat aufnehmen lassen (23).

Die Einwilligung in eine Kur oder Operation ist stets widerruflich (23).

§ 666. 1. Hellwig 24: Der Arzt muß Patienten Auskunft geben. Das ernsthafte Verlangen des Patienten nach Auskunft darf man nicht mißachten.

2. **RG. 56** 116 ff., RheinArch. **04** II 79 ff., R. **04** 334 Nr. 1488: Obwohl der § 666 nur von Rechnungslegung „nach der Ausführung des Auftrags" spricht, ist der Beauftragte nicht bloß nach vollständig ausgeführtem Auftrag, sondern nach — wenn auch vorzeitig eingetretener — Beendigung des Auftragsverhältnisses zur Rechnungslegung verpflichtet, und zwar zur sofortigen, eine besondere Frist ist nicht gewährt.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hptbl. 217 ff., unter Aufhebung des Urteils des LG. Hamburg. Der Korrespondentreeder ist nicht verpflichtet, dem einzelnen Mitreeder Rechnung abzulegen.

4. OLG. Posen, PosMschr. **04** 94: Darüber, daß der Geschäftsführer einer G. m. b. H. nicht zur Rechnungslegung verpflichtet ist, s. o. zu § 259 Ziff. 3 b.

5. BayObLG. **5** 431 ff., R. **04** 528 Nr. 2229 über die Frage, ob stillschweigender Ausschluß der Rechenschaftslegungspflicht durch einen von einer Witwe mit der Verwaltung betrauten Geistlichen mit Rücksicht auf Beruf und Charakter des Beauftragten angenommen werden kann. Vom BayObLG. verneint, gegen die Vorinstanzen.

6. **RG.** (Strafs.) JW. **04** 303: Die Nichtabgabe einer Erklärung bei einer Rechnungslegung enthält wohl die Verletzung der Vertragspflicht; niemals aber kann hierin allein und, sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, die Unterdrückung derjenigen Tatsachen gefunden werden, auf welche sich die Erklärung, wenn sie abgegeben wäre, wahrheitsgemäß zu erstrecken gehabt hätte.

§ 667. 1. Hellwig 24: Der Arzt muß den Leichnam, das operierte Glied, den gezogenen Zahn usw. herausgeben.

2. **RG. 58** 273 ff., JW. **04** 469, R. **04** 529 Nr. 2230, s. o. zu § 164 Ziff. 2 a.

3. **RG. 54** 76 ff., s. JDR. **2** zu § 667 Ziff. 3; s. jetzt auch SeuffA. **59** 3 ff.

§ 670. 1. Hellwig a. a. O. 13/4 für den Honoraranspruch des Arztes unter dem Gesichtspunkte der Aufwendungen nach §§ 683, 670. S. darüber Näheres JDR. **2** zu § 670 Ziff. 2.

2. Hellwig 25/6: Unglückliche Zufälle, die der Arzt bei Ausführung der ärztlichen Tätigkeit erleidet (z. B. der Patient schlägt in der Narkose um sich und trifft den Arzt ins Auge, der Arzt verunglückt auf dem Wege zum Patienten, weil die Pferde scheu werden, er stürzt auf der nicht beleuchteten Treppe usw.) gehen zu Lasten des Arztes.

§ 675. 1. Begriff der Geschäftsbesorgung. S. JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 1 zu § 675.

Hellwig a. a. O. 10, 16: Geschäftsbesorgung ist jede Entfaltung einer Tätigkeit, die geschieht, um eine bestimmte Angelegenheit für den sog. „Geschäftsherrn" zu besorgen, also in seinem Interesse einen bestimmt vorgestellten Erfolg herbeizuführen. — Über den ärztlichen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgung s. o. zu § 611 Ziff. 6 a.

2. LG. Karlsruhe, BadRpr. **04**: Der Vertrag zwischen einem Rechtsanwalt und einer Partei wegen Übernahme der Vertretung in einer Privatklagesache ist ein Vertrag im Sinne der §§ 611 ff., 675. — S. auch oben zu § 662 Ziff. 3 und JDR. **2** zu § 675 Ziff. 2.

3. **RG. 56** 84—92: Ist auch die Haftung des Gerichtsvollziehers dem ihn beauftragenden Gläubiger gegenüber nach §§ 675, 611 zu beurteilen, so daß dem Gerichtsvollzieher die Subsidiarität des § 839 nicht zu statten kommt (**RG.** JW. **01** 783), so bleibt doch eine von ihm vorgenommene, zur Zwangsvollstreckung gehörige Handlung eine Amtshandlung, die in den Bereich des ihm auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung eingeräumten Imperiums fällt. — (In Übereinstimmung mit dem OLG. Colmar — die Gründe s. ebenda 85—87 — ist daher der elsaß-lothringische Landesfiskus — § 40 Abs. 1 des els.-lothr. AGBGB. v. 17. 4. 1899 — zum Ersatz der vom Gerichtsvollzieher unterschlagenen Summe verurteilt worden.)

4. AG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 217: Ein Gastwirt, der durch ein Schild sein Lokal als Annahmestelle für Paketbeförderung bezeichnet hat, haftet für den Verlust eines zur Beförderung abgegebenen Pakets, auch wenn dafür kein Entgelt bezahlt ist. Durch den vor der Wirtschaft befindlichen Anschlag, durch welchen diese als Annahmestelle für nach bestimmten Orten zu befördernde Frachtgüter bezeichnet wird, hat sich der Gastwirt zur Beförderung von Frachtgütern öffentlich erboten (§§ 663 BGB., 362 HGB.). Der zwischen dem Gastwirt und den das Paket überbringenden Absendern geschlossene Vertrag ist nicht Frachtvertrag, nicht Speditionsvertrag, auch nicht Verwahrungsvertrag, vielmehr charakterisiert er sich bei Entgeltlichkeit als ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag, bei Unentgeltlichkeit als Auftrag. In dem einen wie dem anderen Falle bestimmen sich die Rechtsfolgen bezüglich des Ersatzes bei Verlust eines Frachtguts in gleicher Weise gemäß §§ 675, 662 BGB.

§ 676. Literatur: Brunswig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers, Goldschmidts Z. **56** 77 ff. — G. Lehmann, Die Rechtslage der kaufmännischen Auskunfteien nach dem BGB. (Cöln, Diss. 1904.)

1. *G. Lehmann. a) Inhalt der Auskunftspflicht. Die Auskunft muß alles das enthalten, was eine mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns eingerichtete Auskunftei vermöge ihrer Organisation über die Frage des Anfragenden in Erfahrung bringen konnte und im einzelnen Falle nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte in Erfahrung bringen mußte, soweit sie dies nach der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns mitzuteilen verpflichtet war (23—24).

b) Der Vertrag zwischen Auskunftei und Anfragendem ist ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.) (33).

c) Der Abonnementsvertrag ändert an dem Charakter des einzelnen Vertrages nichts (34).

d) Im Ausschluß der Haftung ist im Zweifel nicht gleichzeitig auch ein Ausschluß der Gewährleistungspflicht enthalten (§ 637 BGB.) (40).

e) Entspricht durch Verschulden der Auskunftei eine größere Anzahl von im Abonnement gelieferten Auskünften nicht den an ihren Inhalt zu stellenden Forderungen, so liegt eine positive Vertragsverletzung vor, und dem Anfragenden ist das Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. zu gewähren ohne Rücksicht auf den Ausschluß der Haftung (41).

f) Einem Dritten haftet die Auskunftei nach § 823 II BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. (nicht aber nach § 826 BGB.), da § 263 StGB. keine Identität zwischen der getäuschten und der geschädigten Person erfordert (44—45).

g) Durch den vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung wird die Haftung für den Vorsatz des Inhabers gegenstandslos, da dieser sich von der Erteilung der Auskunft nur fern zu halten braucht (47).

h) Die Auskunftei haftet dann, wenn sie bei Abgabe einer Auskunft von deren Richtigkeit nicht überzeugt ist, sofern sie die Gewißheit von dem Falschsein der Auskunft nicht von der Erteilung derselben abgehalten hätte. Hiernach haften die sog. Schwindelauskunfteien trotz der Haftungsklausel (50—54).

i) Die vertragsmäßige Diskretionspflicht des Anfragenden greift nicht gegenüber den in seinem Betriebe angestellten Personen Platz, bei denen es der Gang des Geschäfts erfordert, daß sie von der Auskunft Kenntnis haben müssen (56).

k) Der Anfragende ist von der Diskretionspflicht entbunden, wenn ihm nicht nur die objektive Rechtswidrigkeit der Auskunft, sondern auch deren subjektive Rechtswidrigkeit bekannt ist (57).

l) Die Kreditwürdigkeit ist eine im Sinne des § 119 II BGB. wesentliche Eigenschaft (58—61).

m) Der § 185 StGB. in Verbindung mit § 823 II BGB. gewährt einen Ersatzanspruch (63—64). A. A. z. B. v. Liszt, Brückner.

n) Der § 824 BGB. bezieht sich auch auf die wider besseres Wissen erfolgte Behauptung einer Tatsache. A. A. Planck 69 Anm. 1.

o) Den Schwindelauskunfteien steht der Interessenschutz der §§ 824 II BGB., 193 StGB., 6 UnlWG. nicht zu (74—75).

p) Aus den §§ 823, 824, 826 BGB. u. a. resultiert auch ein Unterlassungsanspruch (76).

q) Da der Auskunftei das Zeugnisverweigerungsrecht des § 383 Ziff. 5 ZPO. zusteht, empfiehlt es sich, auf dem Wege des Strafprozesses gegen sie vorzugehen (81).

2. *Brunswig. Die in der Literatur herrschende Auffassung, daß der auf Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft gerichtete Vertrag als Werkvertrag aufzufassen sei, ist nicht richtig. Vielmehr ist prinzipiell dieser Vertrag als Dienstvertrag aufzufassen. Denn der Erfolg, der von den Parteien gewollt ist, ist richtiger Rat, richtige Empfehlung und Auskunft, die Vergütung ist jedoch auch dann zu zahlen, wenn der Erfolg nicht erreicht wird, Rat und Empfehlung vielmehr unrichtig sind. Nur in den praktisch sehr seltenen Fällen, in denen die Vergütung nur gezahlt werden soll, wenn der Rat sich als richtig herausstellt, liegt ein Werkvertrag vor.

Vor allem ist auch der Vertrag mit den Auskunfteien als Dienstvertrag aufzufassen. Es ist nicht richtig, als herzustellendes Werk die „fertige Auskunft" betrachten zu wollen, wie es in der Literatur gelegentlich geschieht. Vielmehr liegt der Schwerpunkt bei der Verpflichtung der Auskunftei auf dem Einziehen von Erkundigungen, dem Richten und Prüfen des Materials, also auf einer Tätigkeit. Auch gibt es gar kein Mittel, die „fertige Auskunft" auf ihre Mangelhaftigkeit im Sinne von BGB. §§ 633 ff. zu untersuchen, was der Fall sein müßte, wenn sie als „Werk" betrachtet werden sollte.

Die praktischen Konsequenzen der Konstruktion des Vertrags als Dienstvertrag liegen hauptsächlich auf dem Gebiete der Verjährung der Ansprüche wegen schuldhaft unrichtiger Ratserteilung. Nach der herrschenden Anschauung findet gemäß § 635 BGB. die Verjährung von 6 Monaten statt, während nach der vorstehenden Auffassung die normale Verjährungszeit von 30 Jahren Platz greift.

3. Berücksichtigung des Dritten bei Erteilung der Auskunft.

a) Über die Frage des stillschweigenden Vertragsschlusses mit dem Auskunft begehrenden Dritten s. JDR. 1 zu § 676 Ziff. 4, JDR. 2 zu § 676 Ziff. 2.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. 04 Hauptbl. 53 ff. lehnt die Berücksichtigung des Dritten ab in einem Falle, in welchem eine Frau durch eine von ihren Bankiers bei einer Kreditbank eingeholte unrichtige Auskunft über Kreditwürdigkeit

und Solvenz eines Kaufmanns diesem Waren auf Kredit verkauft und Schaden erlitten hat. Anders als mit Auskünften über Kreditwürdigkeit verhalte es sich mit Berichten, Empfehlungen und Ratschlägen, welche von vornherein den Zweck haben, zur Kenntnis eines größeren Publikums gebracht zu werden. Wenn bei solchen Empfehlungen schuldhaft verfahren wird und wissentlich unrichtige Angaben gemacht werden, so mag die Haftung unbestimmten dritten Personen gegenüber, welche dadurch Schaden erlitten haben, nicht ausgeschlossen sein.

c) **RG.** SchlHolstAnz. **04** 305 ff.: Eingehende tatsächliche Erörterung, ob ein Vertrag mit einem Anwalt zustande gekommen sei in einem Falle, wo ein Dritter in einer bei dem Anwalt befindlichen Sache andere um Auskunft bittet wegen Gewährung eines Darlehens an die Mandanten. Unerheblich, ob der Anwalt für die von ihm erteilte Beratung von dem Auskunftbittenden Vergütung erhalten oder etwa von seinem Mandanten bezahlt werden sollte. Haftung bejaht wegen falscher Auskunft bezüglich eines Pflichtteils.

4. **RG.**-Entscheidungen betr. unrichtige Auskunftserteilung bezüglich Treberaktien und Kuxen (aus § 826 BGB. und Art. 282 HGB. I. gewürdigt) s. HoldheimsMschr. **04** 47, 107.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: Begriffliche Fragen aus der G. o. A. sind — außer zum § 687, und insbesondere von Schwabe, — im Berichtsjahr nur nebenher gestreift, dagegen eine Reihe einzelner interessanter Punkte erörtert worden. Hellwig hat die ärztliche neg. gestio untersucht, Brückmann bekämpft den von Rosenberg gemachten Versuch, den auftraglosen operativen Eingriff (das aus dem Strafrecht bekannte Problem), aus dem Gesichtspunkt der neg. gestio zu rechtfertigen, formuliert aber de lege ferenda selber im Anschluß an sie Vorschläge. Aus der Rechtsprechung erscheinen am belangreichsten die zu § 679 Ziff. 2 mitgeteilten Urteile über die Anwendung privatrechtlicher G. o. A. auf das öffentliche Recht, sehr interessant auch die fundrechtliche Entscheidung (§ 677 Ziff. 4), und praktisch äußerst wichtig die zu § 684 sich findenden Urteile über die Frage, ob sich eine Urkundenfälschung durch Genehmigung in eine neg. gestio verwandeln kann. Leider aber widersprechen sich die Urteile gerade in dieser Frage.

Literatur: Brückmann, Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe, ZStW. **24** 657—714. — Hellwig, Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben (1904). — Schwabe, Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung (1904). —

§ 677. 1. *Schwabe 29—44: Die Worte „für einen anderen" fordern den Willen, fremde Interessen zu vertreten. Nebenher ist die Erklärung dieses Willens erforderlich. Beim Widerspruch zwischen Wille und Erklärung entscheidet — auch wenn der Widerspruch beabsichtigt war — der wahre Wille.

2. Hellwig 9 ff.: Der Arzt, der die Behandlung eines Patienten übernimmt, ohne daß ein Vertrag vorausging, und ohne daß er gleichzeitig mit der Übernahme geschlossen wurde, steht im Rechtsverhältnis der G. o. A. zum Patienten. Es dauert so lange, bis der Patient sich in rechtsgültiger Weise damit einverstanden erklärt hat, daß der Arzt die Behandlung fortführt. Dann gelten von nun die Vertragsgrundsätze. Ebenso greifen diese natürlich von Anfang an Platz, wenn der Vertrag von einem gesetzlichen Vertreter geschlossen war. Ebenso auch dann, wenn der Arzt von einem anderen als dem Patienten im eigenen Namen engagiert wird, wie z. B. bei dem Kassenarzt oder bei dem Arzte, der von dem Hausvorstand zur Behandlung der Ehefrau oder eines Dienstboten gerufen wird (11). — Kein Anspruch steht dem Arzte gegen denjenigen zu, der ihn durch bloße Mitteilung des Unglücksfalls zu spontaner Hilfeleistung veranlaßt. Anders, wenn der Arzt auf Grund eines mit einem Dritten geschlossenen Ver-

trags für den Verunglückten tätig wird, z. B. wenn der Gastwirt ihn holen läßt; der Hotelier hat ein eigenes Interesse, nicht aber z. B. der Kellner (15).

3. OLG. 9 10, R. 04 481 Nr. 1974 (Stettin): Die §§ 677—687 betreffen nur das obligatorische Verhältnis des Geschäftsführers zum Geschäftsherrn; sie schaffen aber keinerlei Vertretungsmacht, aus der ein Dritter etwas für sich gegen den Geschäftsherrn herleiten könnte.

4. OLG. 8 113 ff., SeuffA. 59 186 ff., HansGerZ. 04 Beibl. 17 ff. (Hamburg). — S. Weiteres u. zu § 965: Wer eine verlorene Sache findet und in seine Obhut nimmt, handelt als Geschäftsführer o. A. (§§ 677 ff.). Das Geschäft, das der Finder führt, besteht zunächst in der Besitzergreifung für denjenigen, dessen Geschäft sie war. Ob er an die richtige Person denkt, ist nach § 686 gleichgültig. Dadurch kann die für den Eigentumsübergang notwendige Besitzergreifung erfolgen. Daß der § 929 auf Seiten des Übergebers zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz unterscheidet, ergibt nicht, daß er den gleichen Unterschied auch auf Seiten des Empfängers macht. Die Frage, ob der Geschäftsherr dadurch den mittelbaren Besitz erwerben kann, daß ein Geschäftsführer o. A., ein Finder, den unmittelbaren Besitz erwirbt, ist aber zu bejahen. Es liegt ein ähnliches Verhältnis im Sinne des § 868 vor, weil der Schuldner dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, vgl. §§ 966, 967, 969. Auch die Minderjährigkeit des Finders ändert an dem Ergebnisse nichts (§ 682).

§ 678. *W. Stintzing, Vorteilsanrechnung 22—31, 48, 53 f., 84: Der Geschäftsführer o. A. handelt auf eigene Gefahr, wenn er ungewöhnliche Geschäfte unternimmt. Er kann sich aber für den Verlust, der ihm und seinem Risiko erwächst, durch den Wert des durch die Geschäftsführung erzielten Gewinnes schadlos halten. Den Überschuß des Gewinns über den Verlust kann er nicht beanspruchen. So im Anschluß an l. 10 (11) D. 3, 5 auch schon im früheren Rechte. S. z. B. HansGerZ. 85 Hptbl. Nr. 109.

2. *Geigel, Puchelts Z. 35 107, Kirchen- und Stiftungsr. I. 93, 66, 80, 178 (Endemann, Einf. im Studium des BGB. (1) I. 805): Fällt der Zweck, für welchen öffentlich gesammelt wird, in den Geschäftsbereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes, so hat ihr der Sammler, selbst wenn die Spender ihm die Verwendung überlassen wollten, die Spenden zu bestimmungsmäßiger Verwendung abzuliefern.

§ 679. 1. Über die Frage, ob die Verhinderung des Selbstmordes u. U. dem § 679 zu unterstellen ist. S. JDR. 2 zu § 679 Ziff. 3.

a) *Brückmann, 676—679, wendet sich gegen Rosenberg und Behr (JDR. 2 a. a. O. Ziff. 3 b u. c) und hält seine Ansicht (s. JDR. 2 a. a. O. Ziff. 3 a) auch bei dieser Gelegenheit aufrecht. Weiter führt er aus: es fragt sich, ob dem Arzte, der sich aus begrifflichen Gründen auf den § 679 nicht berufen kann, im Falle eines Selbstmordversuchs des Patienten nicht aus den sonstigen Gesichtspunkten allgemeiner G. o. A. geholfen werden kann? Das in dem Selbstmordversuch ausgesprochene Verbot und der Wille, nicht weiter zu leben, ist gültig und beachtlich. Nur in dem Falle, daß der Selbstmörder in geistiger Umnachtung handelt, ist dem Retter zu helfen. Dann ist ein „Wille" nicht mehr vorhanden und lediglich das „Interesse" zu beachten. Jedenfalls hat es der ganze Tatbestand lediglich mit der eigentlichen Rettungstätigkeit des Arztes zu tun, nichts hingegen mit dem operativen ärztlichen Eingriffe. (Darüber u. zu § 683 Ziff. 1).

b) Hellwig 13: Der Arzt darf im Falle des Selbstmordversuches auch dann eingreifen, wenn der Selbstmörder entschiedene Versuche macht, die Hilfe

abzuwehren. Denn dieser Wille verstößt so sehr gegen die guten Sitten, daß er wohl nicht beachtet zu werden braucht.

2. Öffentlich-rechtliche G. o. A.

a) SächsOVG. **5** 55 ff.: Von einer nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu beurteilenden auftragslosen Geschäftsführung kann nur die Rede sein, wenn sowohl der Geschäftsführer wie derjenige, dessen Geschäfte besorgt werden, berufen und befähigt sind, öffentliche Verwaltung zu führen, wenn sich z. B. Gemeinden, Armenverbände, Ortskrankenkassen gegenüberstehen. Denn nur dann ist es denkbar, daß der eine, indem er die dem anderen obliegenden Aufgaben erfüllt, hierdurch öffentliche Verwaltung ausübt und infolgedessen einen nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes zu beurteilenden Erstattungsanspruch erwirbt. Ist aber auch nur regelmäßig auf einer Seite eine Privatperson beteiligt, so ist eine öffentlich-rechtliche G. o. A. nicht anzuerkennen. Denn weder ist der Privatmann befugt, Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung zu besorgen, noch sind deren Träger berufen, Privatangelegenheiten Dritter zu erledigen: Es müssen daher in derartigen Fällen die Fragen, ob eine G. o. A. vorgelegen hat, und die der Ersatzansprüche, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes von den ordentlichen Gerichten entschieden werden. (Ersatzanspruch der Gemeinde, die einen Straßenbau ausgeführt, gegen den ursprünglich verpflichteten Anbauenden).

b) SächsOVG. **5** 219 ff., insbes. **2** 21: Der G. o. A. kommt auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in gewissem Umfange Geltung zu. (Bejaht für die von einem Pächter durch Abgabe der Beitrittserklärung als Gutsvorstand namens des Ritterguts zu einer gemeinsamen Krankenversicherung bewirkte Geschäftsführung, durch die eine den Gutsbezirk als solchen treffende und deshalb dem Gutsherrn obliegende Pflicht (§§ 88, 83, 4 ff. des KrankVG. v. 15. 6. 83), deren Erfüllung im öffentlichen Interesse geboten war, erfüllt wurde).

3. Aus der Rechtsprechung:

a) LG. Celle, R. **04** 252 Nr. 1152: Wenn nach der Städteordnung zum Abschlusse von Rechtsgeschäften für die Stadt nur der Magistrat berechtigt ist und dem entgegen ein einzelnes Magistratsmitglied eine Sache für die Stadt kauft, so kann dieses Mitglied Ersatz von der Stadt nicht verlangen, wenn die Anschaffung zwar dem Interesse der Stadt, nicht aber dem Willen des Magistrats entspricht.

b) OLG. Braunschweig (Straff.), BraunschZ. **51** 161 ff.: Analoge Anwendung des § 679 auf einen Fall körperlicher Züchtigung eines Kindes für eine Ungezogenheit wegen Verhinderung des berufenen Erziehers, — Freisprechung des Täters von der Anklage aus § 223 StGB.

c) OLG. **9** 10 (Stettin): Die Bezahlung von Prozeßkosten gehört nicht zur gesetzlichen Unterhaltspflicht.

§ 680. 1. *Rabel, Haftpflicht des Arztes 7, 79: § 680 ist als mangelhafter Ausdruck des Gedankens auszulegen, daß in allen Schuldverhältnissen bei Gefahr im Verzuge das Verschulden nicht nach dem Maßstabe der normalen Situation gemessen werden darf.

2. *W. Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung bei Schadensersatzanspruch statt? 56: Der Wert der durch die Geschäftsführung geretteten Sache kann nicht auf den Ersatz des durch grobe Fahrlässigkeit angerichteten Schadens verrechnet werden.

§ 683. 1. Ein zivilrechtlicher Versuch zur Lösung des strafrechtlichen Problems der Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. Vgl. JDR. **2** zu § 683 Ziff. 2.

Gegen Rosenberg und Behr (s. JDR. **2** a. a. O. unter a) wendet sich *Brückmann a. a. O. 657—714: Es ist Rosenberg zuzugeben, daß es sich in

denjenigen Fällen, wo der Arzt, ohne beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein, dem Patienten beispringt, um einen echten und typischen Fall der G. o. A. handelt. Daß nach einigen das Honorar vom Arzt als „Aufwendung" nicht verlangt werden kann (IDR. 2 zu § 670 Ziff. 2), berührt den begrifflichen Gesichtspunkt durchaus nicht. Auch daß u. U. kein Fürsorgeberechtigter vorhanden ist, ist vollkommen unerheblich; dann tritt eben der Arzt als neg. gestor für das Kind, den Geisteskranken, die Leibesfrucht selbst auf; gerade in diesen Fällen besonderer Hilfsbedürftigkeit darf das Institut der „Menschenhilfe" nicht versagen. Verschieden davon, wann G. o. A. möglich, ist die Frage, wann eine übernommene gültig ist, dem Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht. Rosenberg und Behr verkennen und übersehen das Interessekriterium (673—676). Der § 679 kommt für den operativen Eingriff noch weniger als für die allgemeine Rettungstätigkeit bei Selbstmord in Betracht (676—679, s. zu § 679 Ziff. 1 a). Selbst wenn sich aber der Arzt auf G. o. A. für seinen operativen Eingriff berufen könnte, so würde sie gerade mit ihren Kriterien „Interesse" und „Willen" in den brennendsten Fällen, die der Lösung am meisten bedürfen, im Stich lassen (680—683); auch die „Genehmigung" und die durch sie geschaffene Möglichkeit der Willkür paßt nicht ins Strafrecht (683); ganz undenkbar ist die Anwendung auf den Fall der Perforation (683/4). Der fundamentale Irrtum Rosenbergs liegt aber darin, daß er den Willen des Geschäftsherrn, wie ihn das Institut der G. o. A. anwendet, als Rechtfertigungsgrund der zivilrechtlichen Willenserklärung, wie sie sich im Auftrag, Werk- oder Dienstvertrag zu erkennen gibt, an die Seite stellt. Das Strafrecht kennt nicht Heilungen strafbarer Handlungen durch Zustimmung. Eine deliktische Handlungsweise kann niemals den begrifflichen Erfordernissen einer n. g. genügen. Hier handelt es sich um die Frage, ob nicht gerade die im Vertrag erklärte Einwilligung in die Handlung diese ihres deliktischen Charakters entkleidet, ob nicht gerade der fehlende Vertrag Tatbestandsmerkmal des Delikts ist, und ob die Handlung nicht nur deshalb strafbar ist, weil sie unbeauftragt vorgenommen worden ist (689). —

Im folgenden (691 ff.) will er jedoch de lege ferenda die G. o. A. für die Regelung der problematischen Fragen verwenden. Eins ist schon jetzt als sicher anzunehmen: daß die Zustimmung oder vielmehr die Einwilligung des geistesmächtigen Patienten den ärztlichen Eingriff, soweit überhaupt Zustimmung und Einwilligung möglich, straffrei macht. In Wahrheit aber handelt es sich nicht um Einwilligung, Zustimmung oder Genehmigung, sondern lediglich um den Willen des Patienten. Die Einwilligung ist nur eine Betätigung dieses Willens, eine Form des äußeren In-die-Erscheinung-Tretens; sie kann u. U. wegen Zeitmangels oder Bewußtlosigkeit oder aus anderen Gründen nicht erteilt worden sein, ohne daß sich doch irgend etwas in dem Willen des Patienten dadurch, daß sie ausblieb, geändert hätte. Jedenfalls ist sie erst etwas Sekundäres, erst der Ausfluß eines Willens, die Grundlage ist der Wille selbst. Die Grundanschauung, daß der Wille des Patienten über die Rechtmäßigkeit der Operation entscheide, soweit ihm überhaupt eine verfügende Macht von der Rechtsordnung anvertraut wird, muß Gesetz werden (693). Insoweit aber dieser Wille vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommen wird, tritt an seine Stelle der Wille des Vertreters (695—700), doch müssen sich diese Grundsätze mit Rücksicht auf die besonderen Tatbestände differenzieren (701 ff.). Er faßt die Vorschläge dahin zusammen (704—706):

Der operative Eingriff bleibt, auch wenn er nicht durch ein Vertragsverhältnis oder die Einwilligung des verfügungsberechtigten Patienten gedeckt ist, straflos in den folgenden Fällen: wenn er

I. 1. dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Operierten entspricht,
2. in Ermangelung eines solchen Willens angemessen ist.

II. Ist der Operierte eine willensunfähige Person (Geisteskranker, Geistesschwacher) oder ein Kind unter 12 Jahren, so bleibt er straflos, wenn er
1. dem Willen des gesetzlichen Vertreters entspricht und angemessen ist,
2. in Ermangelung eines solchen Willens oder eines gesetzlichen Vertreters angemessen ist.

III. Ist der Operierte ein Kind über 12, aber unter 18 Jahren, so bleibt er straflos, wenn er
1. dem Willen des gesetzlichen Vertreters und des Kindes entspricht und angemessen ist. Befindet sich der Wille des Vertreters mit dem des Kindes nicht im Einklange, so geht derjenige vor, der mit der Angemessenheit übereinstimmt,
2. in Ermangelung eines Willens des Kindes dem Willen des Vertreters entspricht und angemessen ist (II 1),
3. in Ermangelung eines Willens des Vertreters dem Willen des Kindes entspricht und angemessen ist,
4. in Ermangelung eines Willens oder eines gesetzlichen Vertreters angemessen ist (II 2).

2. Aus der Rechtsprechung:

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 246, (120 a): Ersatzanspruch wegen einer zur Herausnahme einer eingebauten Anlage aufgewendeten Kosten im Falle einer Wandelung.

b) OLG. Dresden, SächsA. **14** 102 ff. verneint das Vorliegen eines Anspruchs aus der G. o. A. in einem Falle, wo Ersatz für Kleidungs- und Ausrüstungsstücke, die auf Bestellung eines bei einem sächsischen Trainbataillon dienenden Einjährig-Freiwilligen geliefert worden waren, vom Vater verlangt wurde. — α) Der Kläger hätte behaupten müssen, er habe beim Abschlusse des Kaufvertrages die Absicht gehabt und zu erkennen gegeben, mit der Lieferung der Gegenstände anstelle des Vaters zur Erfüllung einer diesem seinem Sohne gegenüber obliegenden Verbindlichkeit oder doch zur Besorgung einer Angelegenheit des Vaters tätig zu werden. — β) Gesetzt, es gelänge der Nachweis, daß die gemäß §§ 1610, 1611 vom Vater zu gewährende Unterhaltsrente unzureichend zur Anschaffung der Kleidungsstücke und diese selbst notwendig gewesen, so würde dem Anspruche entgegenstehen, daß der Geschäftsführer der Vorschrift des § 681 Satz 1 nicht genügt hat (Anzeigepflicht). — γ) Es entsprach auch nicht dem Interesse und Willen des Vaters, daß die Stücke dem Sohne, ohne sofortige Bezahlung dafür von diesem zu verlangen und zu erhalten, geliefert wurden. — δ) § 679 greift hier nicht ein.

c) **RG. 57** 23—27: Versagung des Berge- und Hülflohns und auch der bei der Rettung entstandenen Auslagen auch unter dem Gesichtspunkte der G. o. A., weil sie dem Willen des Geschäftsherrn nicht entsprach.

§ 684. RG. SächsA. **14** 577, JW. **04** 497: Eine Genehmigung der Wechselunterschriften ist ohne alle Bedeutung, wenn sie nicht gutgläubig von dem Schreiber als unbeauftragten Geschäftsführer vollzogen, sondern von ihm gefälscht ist. — Ebenso OLG. Dresden, SächsA. a. a. O. 256.

Entgegengesetzt OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 101: Es ist kein zwingender Grund, die heilende Wirkung dann zu versagen, wenn der, dessen Name mittels einer Urkundenfälschung auf den Wechsel gesetzt ist, erklärt, daß die Unterschrift so, wie wenn sie von ihm selbst oder seinem Beauftragten herrühre, angesehen werden solle. Vielmehr muß zufolge analoger Anwendung vorstehender Grundsätze auch hier die Wechselunterschrift volle Wirksamkeit erhalten. S. auch u. zu § 765 Ziff. 4 c.

§ 687. 1. Abs. 1.

a) OLG. Dresden, SächsA. **14** 637 ff.: Die Auffassung, Abs. 1 setze eine völlige Schuldlosigkeit voraus, falle dem Geschäftsführer auch nur Fahrlässigkeit zur Last, so kommen Abs. 2 in Betracht, das Wissenmüssen stehe also dem Wissen gleich, ist unzutreffend. — Keine Pflicht zur Rechnungslegung aus §§ 677, 687; s. oben zu § 259 Ziff. 3a.

b) OLG. 8 77 (Stettin): Kläger hat in der Meinung gehandelt, der Beklagte habe die Untermauerung des Stalles bei ihm bestellt; er hat also die Arbeit als ein Geschäft, dessen Ausführung er vermeintlich übernommen, ausgeführt, also ein eigenes Geschäft besorgen wollen, dagegen hat ihn die Absicht, sich in ein ihm fremdes zu mischen, völlig ferngelegen. Nach § 687 Abs. 1 liegt G. o. A. nicht vor, wohl aber § 812.

2. Abs. 2.

a) *Schwabe 19—28, 44—46: Nicht hierher gehört der Fall des Vertragsschlusses in fremdem Namen für eigene Rechnung, den Cosack (Lehrb. (4) I § 155, VIII 2, 577) als Beispiel zu diesem Paragraphen bringt. Cosack scheint, im Gegensatz zu fast der ganzen Literatur, § 687 Abs. 2 ohne den Begriff des „objektiv fremden Geschäfts" erklären zu wollen, da in seinem „Beispiele" kein solches vorliegt. — Ein objektiv fremdes Geschäft, so heiß umstritten der Begriff auch ist, fordert stets einen Eingriff in bereits vorhandene Rechtsbeziehungen; allein durch Art und Form des Abschlusses kann ein an sich neutrales Geschäft nicht zu einem objektiv fremden werden. — Die Cosacksche Auffassung erklärt sich aus der mißverständlichen Auslegung des § 677, die Worte „für einen anderen" in diesem Paragraphen bezögen sich lediglich auf die Erklärung, in fremdem Interesse zu handeln, ohne Rücksicht auf den wahren Willen. Wäre dies richtig, so könnte man für einen anderen handeln, d. h. im Cosackschen Sinne „ein fremdes Geschäft führen" und zugleich für eigene Rechnung tätig sein, so daß § 687 Abs. 2 einen Spezialfall des § 677 darstellte und sich speziell auf „Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung" bezöge. In Wirklichkeit fordert § 677 jedoch den wahren Willen, für einen anderen tätig zu sein, und wenn auch nebenbei die Erklärung dieses Willens erforderlich ist, so kann diese den Willen doch keinesfalls — auch nicht bei beabsichtigtem Widerspruche des Willens mit der Erklärung — ersetzen. Daher wäre ein Handeln „für einen anderen" und zugleich „für eigene Rechnung" ein logischer Widerspruch. (Der Fall der Gemeinschaft scheidet dabei selbstverständlich aus). § 687 Abs. 2 ist sonach auf „Verträge in fremdem Namen für eigene Rechnung" nicht schlechthin, sondern nur dann anwendbar, wenn der Gegenstand des Vertrags seinen Abschluß zur Führung eines objektiv fremden Geschäfts stempelt. Auch Billigkeitsgründe sprechen nur in diesem Falle für die Anwendung des § 687 Abs. 2. Ist dem Vertretenen ein Schaden erwachsen, so greift § 812 ein; außerdem ist in diesem Falle stets § 823 anwendbar, da dann sämtliche Tatbestandsmerkmale des Betruges vorliegen. — Vorspiegelung der Absicht, für fremde Rechnung zu handeln, bzw. pflichtwidrige Verschweigung der Nichtberechtigung, oder — bei Kundgebung der Nichtberechtigung — doch stets Vorspiegelung der Absicht für fremde Rechnung zu handeln bzw. pflichtwidrige Verschweigung der gegenteiligen Absicht. Identität des Getäuschten und des Geschädigten ist nicht erforderlich. — § 824 ist anwendbar, sofern dem Vertretenen durch das Bekanntwerden des — vermeintlich für ihn verbindlichen — Abschlusses des Vertrags in seinem Namen nach der Natur des Geschäfts durch Kreditgefährdung 2c. ein Schaden entstanden ist, also immer nur wenn der Vertreter sich zum Abschlusse für ermächtigt ausgegeben oder seine Nichtberechtigung arglistig verschwiegen hat. —

§ 826 endlich greift ein, wenn der Vertreter den Schaden des Vertretenen voraussehen konnte und in den Kauf genommen hat.

b) **RG. 58** 325: Erfordernis nach Abs. 2 ist, daß objektiv eine Führung fremder Geschäfte vorliegt, nicht bloß eine täuschende Aneignung von anderen erlangter Vorteile. Die Benutzung eines eingetragenen Warenzeichens durch einen Unberechtigten bei dem Vertriebe eigener Ware ist kein Geschäft, auf welches der Besitzer des Zeichens ein Recht hätte, und das er sich insoweit aneignen könnte, als durch die widerrechtliche Benutzung seines Warenzeichens eine besondere Einnahme erzielt ist. Es steht ihm nur ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

c) OLG. 9 120 (KG.): Bringt der Intervenient während des Schwebens des Interventionsprozesses die Sachen unter, indem er dafür Lagerkosten aufwendet, so verfolgt er dabei sein eigenes Interesse an der Erhaltung der Sachen und besorgt als ihr Eigentümer sein eigenes Geschäft.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. 1. Bechmann, Urkunden und Prozeßakten, SeuffBl. **04** 303 ff. Zwischen dem Richter und dem Beweisführer, der ihm Originalurkunden freiwillig überläßt, kommt kein Verwahrungsvertrag zustande; der Beweisführer ist lediglich auf die prozessualische Beschwerde angewiesen. Die entsprechende Anwendung der privatrechtlichen Grundsätze durch das **RG.** SeuffA. **58** 117 ff. ist bedenklich. So kann dem Beweisführer auch die Rückgabe seiner dem Gerichte freiwillig überlassenen Urkunde nicht etwa auf Grund eines das Gericht zum Besitz berechtigenden Rechtsverhältnisses verweigert werden. Nimmt man ein Rechtsverhältnis nach § 688 an, so könnte der Beweisführer jederzeit nach § 696 die Rückgabe fordern (305/7).

2. PrKompGerH., DJZ. **04** 655: Daraus, daß die Verwahrung in den §§ 688 ff. gelegentlich Hinterlegung und der zur Verwahrung Gebende Hinterleger genannt wird, ergibt sich noch nicht, daß das Verhältnis zwischen der öffentlichen Hinterlegungsstelle des § 372 und dem Hinterlegenden lediglich nach diesen Vorschriften beurteilt werden soll. S. im übrigen o. zu § 372 Ziff. 3.

3. OLG. **9** 24/5, SächsA. **14** 501—504, R. **04** 481 Nr. 1975 (Dresden): Zwischen dem Armenanwalt (bzw. der Gemeinde), der die Sachen eines im Siechenhause untergebrachten Armen zur Aufbewahrung übernimmt, und diesem besteht ein Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff.). Es stehen ihm die Rechte aus §§ 692, 696, wie aus § 304 zu. Keineswegs aber hat es das Recht, die Sachen ohne weiteres versteigern zu lassen.

4. GewG. **9** 298 ff. (Berggewerbegericht Dortmund): Der Bergwerksbesitzer haftet nicht für das Abhandenkommen von Kleidungsstücken seiner Arbeiter aus einem Verwahrungsvertrage. Die dem Bergmanne gebotene Gelegenheit zur Hingabe von Kleidern erscheint nur als Ausfluß der bergpolizeilichen Aufgabe zur Errichtung von Mannschaftskauen und Bädern. — Dagegen die Redaktion a. a. O. 300. Überall da, wo es üblich und herkömmlich oder notwendig ist, daß der Arbeiter vor Beginn der Arbeit andere Kleider anlegt und nach Schluß die Arbeitskleider mit seinem gewöhnlichen Anzuge vertauscht, hat der Arbeitgeber die selbstverständliche Pflicht, die abgelegten Kleidungsstücke aufzubewahren.

§ 691. OLG. Dresden, R. **03** 263 — s. JDR. **2** zu § 665 Ziff. 2 u. § 691 — aufgehoben durch **RG.** DJZ. **04** 217/8; s. darüber o. zu § 665 Ziff. 2.

§ 698. OLG. Dresden, SeuffA. **59** 142/3, ZBlFrG. **5** 31 Ziff. 9: § 698 ist nicht zwingendes Recht. Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn das Landesgesetz nach Art. 145 EGBGB. die Verpflichtung des Staates zur Verzinsung hinterlegten Geldes ablehnt.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen.

§ 701. 1. *Schultzenstein, Buschs Z. **33** 501—503: Haftung für das Eingebrachte, wenn die Gastwirtschaft von einem Konkursverwalter statt des Gastwirts betrieben wird.

2. Begriff des Eingebrachten.

a) Schneickert, Über Fundrecht, Hirths Ann. **04** 235 — s. insbes. u. zu § 965 u. § 978 — hält es gegen Schäfer 4 ff. — s. JDR. **2** §§ 965 ff. Ziff. 2 a α — für sehr fraglich, ob Sachen, die man bei sich zu tragen pflegt (Busennadel) zu den eingebrachten gehören. Die Bestimmtheit des Ortes, an den eine eingebrachte Sache zu bringen ist, richtet sich (Abs. 2) nach der Bestimmung des Verwahrungsortes durch den Gastwirt. Solange ich eine Sache noch an mir habe und bei mir trage, kommt mir persönlich und allein die Obhut über diese Sache zu, und die Haftung des Gastwirts für den Schaden, wenn ich sie verliere, ist ausgeschlossen.

b) Weise, SeuffA. **14** 140, läßt den Gastwirt im Gegensatze zu Feder, Verantwortlichkeit, regelmäßig schon von dem Augenblick ab haften, in dem die Sachen seinen Leuten übergeben werden, aber nicht deshalb, weil damit in Erwartung des noch abzuschließenden Beherbergungsvertrags ein Werkvertrag abgeschlossen wäre, sondern deshalb, weil darin in der Regel der, wenn auch möglicherweise nur bedingte Abschluß des Beherbergungsvertrags selbst zu erblicken ist. Erscheint diese Annahme nach Lage des konkreten Falles ausgeschlossen, so darf dem Gastwirt auch die strenge Haftung aus § 701 nicht zugemutet werden.

c) OLG. **8** 78/9, RheinArch. **04** I 99/100 (Cöln): Für den Begriff des „Eingebrachten" muß doch jedenfalls in dem Augenblick, in dem der Gast die Sachen, die er bei sich trägt, äußerlich von seinem Körper trennt, die strenge Grenze der Auslegungsregeln des § 701 Abs. 2 innegehalten werden. (In dem Augenblick, in dem der Gast, durch eine Trauernachricht veranlaßt, den Frühstückstisch in dem zum Hotelrestaurant gehörigen Garten verließ, sich plötzlich in sein Hotelzimmer begab und auf dem Tisch einen Briefumschlag mit Geld liegen ließ, ging jedenfalls die Eigenschaft der eingebrachten Sache verloren.) Der Wirt muß in der Lage sein, die nötigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen; er braucht diese aber nicht auf einen Ort auszudehnen, auf den die Sachen naturgemäß nicht gehören.

3. Stallmiete.

OLG. Königsberg, SeuffA. **59** 440 ff., PosMschr. **04** 74, R. **04** 386 Nr. 1700: Die §§ 701 ff. finden auf Stallmiete keine Anwendung. Eine Haftung des Gastwirts für die in seinem Gaststalle oder in seiner Einfahrt eingestellten Pferde aus § 701 kann daher nur eintreten, wenn die Pferde von einem Gast eingestellt sind, der gleichzeitig zum Zwecke der Beherbergung in der Gastwirtschaft Unterkunft gefunden hat; denn nur dann sind sie als eingebracht anzusehen. Dem Aufgenommenen muß für seine Person Unterkunft, d. h. Ersatz der Häuslichkeit, geboten werden. Eine Beherbergung liegt nicht vor, wenn ein Gastwirt in den mit seiner Gastwirtschaft verbundenen Restaurationsräumen einem nur zu diesem Zwecke bei ihm eingekehrten Gaste Speisen und Getränke verabfolgt. — Die Haftung aus dem Verwahrungsvertrage erfordert vertragliche Übernahme der Obhut, der custodia. Diese ist zu verneinen, wenn ein Gastwirt seine Einfahrt den vorübergehend einkehrenden Verkehrsgästen zur Einstellung ihrer Fuhrwerke und Pferde lediglich zur Verfügung stellt, die Unterbringung lediglich geduldet wird und der Hausknecht nur die Anweisung hat, die Fuhrwerke der einkehrenden Gäste in die Einfahrt aufzunehmen, d. h. sie an der Benutzung nicht zu hindern. Ein Verschulden bei der Beaufsichtigung trifft lediglich den Hausknecht persönlich. — Ebenso LG. Flensburg, SchlHolstAnz. **04** 87/8.

Insbesondere übernimmt der Wirt die Obhut dann nicht, wenn der Gast für Bewachung des Fuhrwerks einen Kutscher mitbringt; auch dadurch, daß er den Kutscher einlud, in das Gastzimmer zu kommen, es könne nichts passieren, hat er nicht die Obhut übernommen. — Im gleichen Sinne s. ferner OLG. Dresden, DJZ. **04** 78.

4. OLG. **6** 227, BraunschwZ. **50** 62 (Braunschweig), JDR. **2** zu § 701 Ziff. 3a — s. jetzt auch DJZ. **04** 223/4.

§ 703. S. über die indirekten Pflichten, die sich aus § 703 ergeben, v. Buchka, die indirekte Verpflichtung 25—27, s. a. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 4 d. Die Haftung des Wirtes ist auflösend bedingt durch schuldhafte Unterlassung der Anzeige von dem erfolgten Verlust usw. Anderseits erscheint die Haftung des Wirts für gewisse Wertsachen aufschiebend bedingt durch das Angebot seitens des Gastes. Dem Wirt liegt eine indirekte Verpflichtung zur Aufbewahrung von Wertsachen ob.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung (zum 14. und 15. Titel): Das Gesellschaftsrecht wird, wie die Literaturübersicht ergibt, nach wie vor, mit besonderer Vorliebe von Doktoranden bearbeitet. Wir beschränken uns, dem Plane des Jahrbuchs entsprechend, auf die Mitteilung der Titel der Dissertationen. Von den übrigen Arbeiten ist der Aufsatz von Josef bei § 705 eingehend berücksichtigt. — Aus dem Leistschen Buch kommen für die Gesellschaft insbesondere in Betracht die S. 37 ff., 96 ff., 125 ff. (im engen Anschluß an Leist, Die Strafgewalt moderner Vereine, Schmollers J. **26** 68 ff., vgl. JDR. **2** zu § 737 BGB.) und 136 ff. (größtenteils übernommen aus Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit 1899). Schwabe gibt, ohne auf das Gesellschaftsrecht des BGB. im einzelnen einzugehen, interessante Ausführungen zur Dogmatik und systematischen Behandlung des Gesellschaftsrechts, während Lindemann sich mit einer, in das Zwangsversteigerungsrecht übergreifenden Einzelfrage beschäftigt und zu dem Ergebnis kommt, daß die Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter in der Zwangsversteigerung eines Grundstücks mitbieten können. — Die Rechtsprechung hat sich nur wenig mit dem Gesellschaftsrecht befaßt; am interessantesten sind die Beiträge zur Beurteilung der Begebungskonsortien (s. 1 b γ zu § 705).

Zu dem Titel über die Gemeinschaft sind, wie in den Vorjahren Streitfragen oder Erörterungen weittragender Art nicht zu verzeichnen.

Literatur: Ehrlich, Die Schuldenhaftung nicht rechtsfähiger Vereine nach BGB. Diss. Rostock. — Geigel, Die Sammlungen zu wohltätigen und gemeinnützigen Unternehmungen. Puchelts Z. **35** 104. — Haase, Inwieweit finden die Vorschriften für die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung? Nach dem römischen Recht und dem Recht des BGB. (Diss. Berlin.) — Josef, Die Vereinigung von Ärzten zur Berufsausübung als bloße Verbindung (Innengesellschaft) als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und als offene Handelsgesellschaft. Gruchots Beitr. **48** 263 ff. — Kaestner, Die stille Gesellschaft und die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Ein Vergleich. (Diss. Breslau.) — Leist, Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht mit Beiträgen zum Recht der Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften. — Lindemann, Über Personenmehrheiten als Bieter und über Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren. Gruchots Beitr. **48** 93. — Mitscher, Das Recht der stillen Gesellschaft auf Grund der Bestimmungen des HGB. und des BGB. (Diss. Würzburg.) — Müller, Das Wesen der Gesellschaft und Gemeinschaft und die Abgrenzung dieser beiden Rechtsverhältnisse von einander im römischen Recht und im Recht des BGB. (Diss. Leipzig.) — Noack, Die rechtliche Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins. (Diss. Greifswald.) — Philipp, Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge. (Diss. Erlangen.) — Rensch, Unterschiede zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des BGB. Diss. Rostock. — Schwabe, Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit und ihr Verhältnis zur Gesellschaft. (1904.) — Schlichtherle, Die rechtliche Stellung des sog. Komitees nach gemeinem Recht und dem BGB. (Diss. Leipzig.) — Wallery, „Surrogation". Eine Studie; unter besonderer Berücksichtigung des juristischen Problems der Einheit und Identität. Diss. Bonn. — Zirker, Die Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins in seinem Verhältnis zum rechtsfähigen. Gleichheiten, Gegensätze und Anpassungsmöglichkeiten. (Diss. Rostock.)

§ 705. 1. Begriff und Wesen der Gesellschaft.

a) Allgemeines. **RG. 56** 206, JW. **04** 61: Die §§ 718, 719, 725 Abs. 2, 738 sollen der Gesellschaft eine selbständige Stellung im Rechtsverkehr auf dem Wege einräumen, daß die Verwendung der dem Gesellschaftszwecke gewidmeten Vermögensobjekte für diesen rechtlich gesichert und ein wirksames Verfügungsrecht der Gesamtheit der Gesellschafter oder ihrer Organe über jene Objekte gewährleistet wird. Nach ihnen sind die mehreren Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten, als Inhaber des gemeinschaftlichen Vermögens anzusehen, an welches die bisher den einzelnen gehörenden Objekte übergehen, und in welches die von der Gesellschaft erworbenen Rechte aufgenommen werden. Es fehlt ein Anlaß zur Annahme eines nach Quoten geteilten Eigentums; vielmehr kann das Eigentumsrecht ungeteilt bestehen, indem die mehreren Gesellschafter vereinigt seine Träger sind. — Über die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, vgl. Kramer, Gegenseitige Verträge o. zu §§ 320 ff.

b) Einzelfälle.

α. Gesellschaft oder Dienstvertrag? SächsOVG., Fischers Z. **4** 89 verneint, daß zwischen Musikern, welche auf gemeinschaftliches Risiko arbeiten, ein Gesellschaftsverhältnis anzunehmen sei, wenn einer von ihnen von den übrigen als Vorgesetzter angesehen wird, welcher Mitglieder annehmen und entlassen kann, und allein mit den Inhabern der Wirtschaften usw., wo sie auftreten, verhandelt.

β. Gesellschaft oder Darlehen? **RG.** R. **04** 282: Beteiligt sich jemand an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer Kapitaleinlage und werden ihm dafür 15 % des Reingewinns, mindestens aber 4 % der Einlage zugesichert, so stellt das Abkommen nicht ohne weiteres einen Gesellschaftsvertrag dar. Die Beteiligung am Gewinne gibt dem Geschäfte nur das Gepräge eines sog. partialischen Darlehens.

γ. Konsortien zur Begebung von Wertpapieren:

αα. BadFinMin. v. 24. 2. 04, BadRpr. **04** 113: Auf ein zur Übernahme und Verwertung von Schuldverschreibungen einer bestimmten Anleihe gebildetes Konsortium finden mangels einer ausdrücklichen anderweitigen Bestimmung die Vorschriften der §§ 705—740 BGB. Anwendung. Die Schuldverschreibungen werden Eigentum des Konsortiums als Ganzem; erwirbt einer der Gesellschafter von ihm Obligationen, so steht er ihm als Dritter gegenüber, und erwirbt die Papiere aus dem Vermögen der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit, nicht als zum Teil ihm selbst gehörende Sachen.

ββ. BadFinMin. v. 23. 9. 04, BadRpr. **04** 275: Bei der Übernahme reichsstempelpflichtiger Schuldverschreibungen durch ein Konsortium unter Angabe des Beteiligungsverhältnisses der einzelnen Konsorten ist es Tatfrage, ob es die Absicht gewesen ist, daß 1. die Schuldverschreibungen Gesamteigentum des Konsortiums, oder 2. die Schuldverschreibungen Miteigentum der Konsorten nach Bruchteilen werden sollen, oder 3. daß jeder Konsorte von vornherein soviel Stücke der Schuldverschreibungen zu Miteigentum erwerben soll, als seiner Beteiligungsziffer entspricht. Während im letzteren Falle nur ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft vorliegt, ist in den beiden ersteren sowohl die Übernahme durch das Konsortium, wie auch die Zuteilung an die einzelnen Konsorten dem Anschaffungsstempel unterworfen. Das folgt aus den vorstehenden Ausführungen über die Natur des Konsortiums.

γγ. **RG. 56** 206: Es ist Tatfrage, ob die Konsortien zur Begebung von Aktien usw. nach dem Rechte über die Gesellschaft zu beurteilen sind, oder ob sie besonders geartete Rechtsverhältnisse darstellen, bei denen die Aktien und Obliga-

tionen nicht Eigentum der Konsorten werden, und die Gemeinsamkeit lediglich in der gemeinschaftlichen Operation, dem gemeinsamen Vorgehen bei der Verwertung besteht.

δδ. **RG.** JW. **04** 151, ZAktWes. **14** 116 inhaltlich übereinstimmend.

2. Form des Gesellschaftsvertrags.

OLG. Karlsruhe v. 19. 6. 02, Puchelts Z. 35 65: Der Gesellschaftsvertrag wird formlos abgeschlossen, auch wenn die Einlage eines der Gesellschafter ein Grundstück ist.

3. Unsittlicher Zweck?

OLG. Karlsruhe v. 13. 6. 03, BadRpr. **04** 270: Eine Gesellschaft zum Zwecke gemeinsamen Bietens ist an sich nicht unsittlich. Bedenken gegen sie können erst dann entstehen, wenn etwa der Gesellschaftsvertrag geschlossen wäre, um die Konkurrenz einzelner Beteiligter zu beseitigen und damit den Steigerungserlös herabzudrücken, oder wenn etwa die Gesellschafter in sonstiger Weise darauf ausgegangen wären, auf Kosten des Versteigerers den an sich erlaubten Gesellschaftszweck zu verfolgen. Auch in der Geheimhaltung liegt nichts Unsittliches, so lange nicht andere, auf ein doloses Verhalten hinweisende Tatsachen hinzukommen.

4. Gesellschaft zwecks gemeinschaftlichen Lotteriespiels.

a) KG., KGBl. **5** 23, R. **04** 193: Die Vereinigung zum gemeinschaftlichen Lotteriespiel in der ersten Klasse bedingt auch ohne besondere Abrede die Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses für die folgenden Klassen.

b) OLG. Kiel, OLG. **9** 11, R. **04** 481: Ein Gesellschaftsvertrag zum Spielen in einer Klassenlotterie ist im Zweifel auf bestimmte Zeit geschlossen, nämlich bis zur Beendigung sämtlicher Klassen oder bis zur früheren Erzielung eines Gewinns; denn es entspricht dem vernünftigen Willen des Mitspielers, daß das Los zu Ende gespielt werde. Kündigung vor Ablauf dieser Zeit ist nur aus wichtigen Gründen zulässig.

c) **RG.** JW. **04** 360: Auch nach dem jetzigen Rechte ist anzunehmen, daß der Erwerb eines Loses zur ersten Klasse der Preußischen Klassenlotterie zugleich das bedingte Anrecht auf dieselbe Losnummer der folgenden Klassen in sich schließt, und daß deshalb beim Zusammentritte mehrerer Personen zu einer Spielgemeinschaft dieses Anrecht gleichfalls mit Gegenstand des Gesellschaftsvermögens wird. Nach § 718 Abs. 2 gehört zu dem Gesellschaftsvermögen nicht allein das zuerst erworbene Los der ersten Klasse, sondern auch das, was auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes später erworben wird, und zu diesem sind die Lose der späteren Klassen zu rechnen, die auf Grund des von Anfang an vorhandenen bedingten Bezugsrechts bezogen werden.

5. Die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag?

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 705 und oben zu §§ 320 ff.

β. OLG. Marienwerder, OLG. **8** 80: Die §§ 320—327 finden auf die Gesellschaft zwar grundsätzlich, aber nur mit denjenigen Modifikationen Anwendung, welche sich aus der Besonderheit des Gesellschaftsverhältnisses ergeben, als eines Vertrags, der nicht unmittelbar auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist. Besteht die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, so widerstreitet es dem Wesen der Gesellschaft, einem Gesellschafter den Rücktritt aus dem Grunde zu gestatten, weil ein anderer seinen Verpflichtungen gegen die Gesellschaft nicht nachkam. Hier tritt vielmehr § 723 ein. Daß ein Rücktrittsrecht zu versagen ist, folgt auch aus der Natur der Sache, weil die gesetzliche Folge des Rücktritts, die Rückgewähr der empfangenen Teilungen nicht ausführbar ist.

6. Gesellschaft unter Ärzten. Josef a. a. O.:

a) Die Verbindung von Ärzten zur Berufsausübung an sich, d. h. soweit die bloße Behandlung ohne gleichzeitigen Betrieb einer Heilanstalt in Frage kommt, ist keine Gesellschaft, sondern ein vom Gesetze nicht geregelter Vertrag, durch den die Ärzte sich verpflichten, ein jeder den ärztlichen Beruf selbständig auszuüben, indes gewisse Einrichtungen zur Forderung dieses selbständigen Berufsbetriebs gemeinsam zu treffen, einer dem anderen in dessen Betrieb auch mal Hilfe zu leisten, endlich die Erträgnisse des so selbständig von jedem zu übenden Berufs zu vergemeinsamen. Im einzelnen gilt für eine solche Verbindung: nur der Arzt, welcher den Dienstvertrag abgeschlossen hat, wird zur Ausführung verpflichtet, nicht auch der mit ihm verbundene Arzt. Der Kranke muß ihm gegenüber kündigen, an ihn zahlen. Nur dieser Arzt haftet für den Schaden, den er dem Kranken in Ausübung des Dienstvertrags beifügt. Er haftet für die Fehler des anderen Arztes, wenn er sich dessen Vertretung bedient; der Vertreter haftet nur, insoweit seine Handlung eine unerlaubte im Sinne der §§ 823 ff. BGB. ist. Die von den verbundenen Ärzten angeschafften Sachen werden nicht Gesellschaftsvermögen, sondern bloßes Miteigentum der Ärzte.

b) Die Vereinigung wird zur Gesellschaft, wenn die verbundenen Ärzte zugleich die Aufnahme und Verpflegung der von ihnen behandelten Kranken besorgen; jedoch sind Geschäfte dieser Gesellschaft nur die Aufnahme und die ärztliche Behandlung der in die von den Ärzten betriebene Heilanstalt aufgenommenen Kranken, während jede andere Berufstätigkeit die Sonderangelegenheit des einzelnen Arztes ist und insofern unter den vergesellschafteten Ärzten wieder eine bloße Verbindung der vorstehend gekennzeichneten Art besteht. Im einzelnen ergibt sich: der Abschluß von Aufnahmeverträgen und die Entgegennahme aller hierauf bezüglichen Rechtshandlungen ist Geschäftsführung und liegt den verbundenen Ärzten gemeinschaftlich ob (§ 709), soweit nicht stillschweigende Bevollmächtigung des einen durch den anderen anzunehmen ist. Beide Ärzte haften gesamtschuldnerisch für die Erfüllung des Vertrags, und etwaige Schädigungen der Kranken. Die Gebührenforderungen, sowie die von den Ärzten angeschafften Sachen werden Gesellschaftsvermögen i. S. der §§ 718 f. — Soweit jedoch die Behandlung von Kranken außerhalb des Anstaltsbetriebs in Frage kommt, gelten die vorstehend zu a entwickelten Sätze.

c) Die Gesellschaft unter Ärzten wird zur offenen Handelsgesellschaft, sobald die Voraussetzungen des § 2 HGB. erfüllt sind, vgl. IDR. 2 Note 5g zu § 2 HGB. und IDR. 3 Vorbemerkung zu Titel 1 Abschnitt 1 des 2. Buches HGB.

d) Auch auf die vorstehend nicht erwähnten gegenseitigen Ansprüche der verbundenen Ärzte kommen die Vorschriften über die Gesellschaft zur Anwendung. Dies ist selbstverständlich, soweit eine Gesellschaft unter ihnen vorliegt. Aber auch soweit ihre Verbindung nicht Gesellschaft ist (s. o. a), sind sie nach der aus dem Wesen der Verbindung sich ergebenden Absicht der Beteiligten entsprechend anwendbar. Daraus folgt: die Ärzte sind einander verpflichtet, ihre Berufstätigkeit auszuüben und Geldbeiträge zu leisten, soweit es die Zwecke der Verbindung erfordern. Auch müssen sie zur Geschäftsführung sich gegenseitig unterstützen. Sie sind einander zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den einer von ihnen aus Gefahren, die mit der Geschäftsführung untrennbar verbunden sind, erleidet. Sie schulden einander die Sorgfalt, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Sie sind berechtigt, ihren Beruf auch außerhalb ihrer gesellschaftlichen Tätigkeit auszuüben. Ihre Ansprüche gegeneinander sind nicht pfändbar und nicht übertragbar. Der Gewinn ist alljährlich zu verteilen. Der eine kann dem anderen den Gewinnanteil nicht mit der Begründung ver-

sagen, daß der andere seine Berufstätigkeit nicht oder in schuldhafter Weise ausgeübt habe; er muß in diesem Falle auf Auflösung dringen.

e) Die Liquidation der Gesellschaft vollzieht sich nach §§ 731 BGB. oder §§ 145 ff. HGB. Zu den hierbei zu erledigenden „schwebenden" Geschäften gehören nicht die Dienstverträge, durch welche die zum Heilanstaltsbetriebe verbundenen Ärzte die Behandlung von Kranken außerhalb der Heilanstalt übernommen haben.

7. a) Vgl. JDR. **2** Note 6 zu § 705.

b) Geigel a. a. O. enthält einige kritische Bemerkungen zu dem Kiepertschen zu a zitierten Aufsatz über die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken.

§ 706. 1. Leist a. a. O. 37: Die Verpflichtung der Gesellschafter zu denjenigen Handlungen oder Unterlassungen, die der Gesellschaftszweck erfordert, wird nicht schon durch die Vereinbarung des Gesellschaftszwecks begründet. Immerhin läßt sich jedoch auch die Ansicht verfechten, daß in einem solchen Falle hinsichtlich der Beiträge § 706 dahin anzuwenden ist, daß die Gesellschafter gleiche Beiträge zu allem zu leisten haben, was zu dem gemeinsamen Zwecke erforderlich ist.

2. Vgl. die Note zu § 718.

§ 713. Rechnungslegung. OLG. Cöln, PucheltsZ. **35** 224 f.: Ist der geschäftsführende Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet, Rechnung zu legen, so muß er den Mitgesellschaftern ein genaues Bild über die mit seiner Vermögensverwaltung verbundenen Einnahmen und Ausgaben geben, da nur dann die Mitgesellschafter sich auf dem Laufenden erhalten und hinreichend genau nachprüfen können. Es genügt nicht, daß er ihnen die Geschäftsbücher und Belege zur Einsichtnahme vorlegt, und es ihnen überläßt, sich daraus einen Überblick zu verschaffen; ebensowenig genügt die Übergabe einer Aufstellung des Vermögensbestandes.

§ 714. **RG. 57** 91: Der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins kann nicht in eigenem Namen für Rechnung des Vereins klagen, auch wenn das Statut ihn dazu ermächtigt. Die Befugnis, in eigenem Namen für fremde Rechnung zu klagen, setzt eine Gesetzesvorschrift voraus, an der es fehlt.

§ 718. 1. Wann wird ein Grundstück Gesellschaftsvermögen?

a. OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beibl. 158: Haben zwei Personen sich zum Erwerb eines Grundstücks verbunden, so besteht in Ansehung des erworbenen Grundstücks, auch wenn es zunächst nur auf den Namen eines von ihnen im Grundbuch eingetragen ist, doch insofern eine Gemeinschaft, als es wirtschaftlich genommen, beiden gehört und als der Nichteingetragene auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses verlangen könnte, daß es auf den Namen beider Gesellschafter eingetragen würde. Bevor dies geschehen ist, kann eine Auseinandersetzung nach §§ 741, 753 nicht gefordert werden.

b. Vgl. JDR. **2** Note 3 zu § 718.

2. Ist das Einbringen eines Grundstücks ein „Veräußerungsgeschäft" im Sinne der Stempelgesetze?

a. **RG. 56** 96 ff.: Bringen zwei Miteigentümer eines Grundstücks dieses in eine von ihnen begründete Gesellschaft ein, so liegt darin ein freiwilliges Veräußerungsgeschäft: jeder Miteigentümer erwirbt durch den Gesellschaftsvertrag gegen den anderen den Anspruch, daß er das Miteigentum zugunsten der Gesellschaft aufgebe und es auf diese übertrage. Realisiert werden kann dieser Anspruch nur durch Auflassung und Eintragung, da dies der einzige Weg zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums an Grundstücken ist.

b. KG., OLG. 9 194: Das Einbringen eines Grundstücks in eine Gesellschaft ist ein Veräußerungsgeschäft und nach Tarifstelle 32 des PrRStG. zu verstempeln.

3. Ist die Übertragung eines Gesellschaftsgrundstücks auf die einzelnen Gesellschafter ein Veräußerungsgeschäft?

SächsOVG., Fischers Z. 4 203 ff.: Wenn ein Gesellschaftsgrundstück auf die einzelnen Gesellschafter zu Bruchteilen überschrieben wird, so liegt ein stempelpflichtiges Veräußerungsgeschäft vor. Die Eigentumsverhältnisse sind andere geworden, wie sich aus der veränderten Stellung des einzelnen Gesellschafters (vgl. §§ 733, 738 u. a.) sowohl wie auch der Gläubiger desselben (vgl. §§ 124[2], 129[4] BGB.) zu dem Gesellschaftsgrundstück ergibt.

§ 723. 1. OLG. Marienwerder, R. **04** 552: Wenn die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, kann in dem Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt werden, daß der Gesellschafter für den Fall seines Austritts ein Austrittsgeld zahle. Die Urteile des Reichsgerichts, welche nach dem Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889, das bezüglich der Beschränkung der Kündigung eine gleiche Vorschrift enthält, wie das BGB. im § 723, eine derartige statutarische Bestimmung für die Genossenschafter für unverbindlich erklärt, stehen nicht entgegen, da die Ungültigkeit aus sonstigen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Wesen der Genossen abgeleitet wird.

2. OLG. Marienwerder, OLG. 8 80: Für den Fall, daß ein Gesellgesellschafter eine ihm nach dem Vertrage obliegende Verpflichtung verletzt, steht den anderen nur die Kündigung, nicht auch ein Rücktritt nach § 321 zu.

§ 726. Vgl. Note 4 zu § 705.

§ 733. 1. Vgl. JDR. **2** Note 7 zu § 705.

2. OLG. Kiel, OLG. 8 81: Nicht nur Gesellschaftsgläubiger, sondern auch solche Gläubiger, welche an alle Gesellschafter ohne Rücksicht auf ihr Gesellschaftsverhältnis eine Forderung haben, können Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen. Ebenso wird ein Gesellschafter mangels abweichender Vertragsbestimmungen, durch deren Verletzung er sich eventuell nur schadensersatzpflichtig machen könnte, eine Privatschuld sämtlicher Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen berichtigen dürfen, und wenn sein Privatvermögen nicht ausreicht, auch müssen. Die Ausgleichung unter den Gesellschaftern hat, falls sie nicht zu gleichen Anteilen verpflichtet waren, bei der Auseinandersetzung stattzufinden; dagegen kann der zahlende Gesellschafter nicht nach § 426 gegen die anderen vorgehen, und diese auf ihre etwaigen Gegenansprüche wegen zweckwidriger Verwendung des Gesellschaftvermögens verweisen.

§ 738. OLG. **9** 255 (Dresden): passim. nach § 738 wird auch umgekehrt anzunehmen sein, daß das Gesellschaftsvermögen durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters von selbst mit zum Vermögen dieses Gesellschafters wird.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

Vgl. die Vorbemerkung zum vierzehnten Titel.

Literatur: Vgl. die Angaben beim vierzehnten Titel; ferner Bernards, Die „Gemeinschaft" des BGB. und die „communio incidens" des gemeinen Rechtes. (Diss. Rostock). — Möller, Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers einer Gemeinschaft und diejenige eines geschäftsführenden Gesellschafters nach BGB. im Vergleiche zu der gemeinrechtlichen eines Geschäftsführers einer communio und einer sociesas. (Diss. Rostock.)

§ 741. 1. OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **24** 75: Unter den Teilhabern an einer aufgelösten Gütergemeinschaft, ebenso wie an einer Erbengemeinschaft des alten Rechtes besteht grundsätzlich eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, nicht etwa Gesamteigentum.

2. OLG. Colmar, OLG. 9 306: Verwandeln Miterben, welche ein Grundstück bei ihrer Auseinandersetzung ungeteilt gelassen haben, demnächst ihr Gesamteigentum an diesem in Miteigentum, so ist keine Auflassung erforderlich, weil weder ein Wechsel in der Person der Miteigentümer eintritt, noch eine Übertragung des Eigentums von allen Teilhabern auf einen derselben oder von einem auf den anderen stattfindet.

§ 742. OLG. Karlsruhe, ZBlFrG. 4 507: Die Vermutung im § 742 gilt für den Grundbuchrichter nicht. Eine widerlegbare Vermutung kann vom Grundbuchbeamten nicht zur Grundlage einer Eintragung gemacht werden. (Darüber, inwieweit die Angabe der Bruchteile, welche in der Eintragungsbewilligung unterlassen ist, im Eintragungsgesuche nachgeholt werden kann, vgl. OLG. Colmar, ElsLotJZ. 28 259, ZBlFrG. 4 624).

§ 745. 1. OLG. 8 83, WürttembJ. 16 158 (Stuttgart): Abs. 2 gibt jedem Teilhaber die Möglichkeit, über eine Verwaltungsmaßregel, die er für zweckmäßig und notwendig hält, die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Als eine derartige Verwaltungsmaßregel hat das OLG. unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse den Wiederaufbau einer niedergebrannten Scheune auf einem aus Wohnhaus, Ställen und Scheune bestehenden Anwesen behandelt. Der Klagantrag kann auf Erteilung der Einwilligung zu der streitigen Maßregel gerichtet werden.

2. OLG. Stuttgart, R. 04 105: Der Klagantrag eines Teilhabers, welcher sich auf § 745 Abs. 2 stützen will, ist dahin zu stellen, daß die anderen Teilhaber verpflichtet werden sollen, ihre Zustimmung zu den vom Kläger geforderten Maßregeln zu geben.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

Vorbemerkung: Der Fall Dasbach-Hoensbroech hat, wie zum Begriff der Auslobung, natürlich auch zum Begriff der Wette Beiträge und Erörterungen gezeitigt. Das für die Wette hauptsächlich in Betracht kommende begriffliche Ergebnis ist zum § 762 mitgeteilt, das andere Material ist o. zu § 657 gebracht. — v. Seeler bekämpft den „Spieleinwand" und tritt für Berücksichtigung der Spielnatur eines Geschäftes von Amts wegen ein. In den Fragen der Klagbarkeit der Spieldarlehen weicht neuerdings das LG. Hamburg vom RG. ab. Reichlich behandelt worden sind wieder die Streitfragen aus § 764, aber auch diesmal ohne eine nennenswerte Übereinstimmung zu erzielen.

Literatur: Francke, Wette, Schenkungsversprechen, Werkvertrag und Auslobung, Hirths Ann. 04 553—555. — Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem BGB. (1904). — Kohler, Auslobung und Wette (Zwölf Studien VIII), AbürgR. 25 1—10. — v. Seeler, Der Spieleinwand, AbürgR. 24 1—16. — Winkler, Der Rechtsfall Hoensbroech contra Dasbach, R. 04 355. — S. ferner die Literatur zum § 764 (daselbst).

§ 762. 1. Natur des Spiels und der Wette. Wesen der Verbindlichkeit.

a) *Glaser: Es ist unrichtig, Spiel, Wette und Versprechen eines Ehemäklerlohnes als Rechtsgeschäfte zu bezeichnen, aus denen sich „unvollkommene Schuldverhältnisse" oder „unvollkommene Verbindlichkeiten" herleiten. Bloß klaglose Verbindlichkeiten unvollkommene zu nennen, möchte angehen. Spiel- und Wett„schuld" sind aber viel weniger als klaglos, sie haben schlechterdings überhaupt nichts an sich, was berechtigte, sie als — wenn auch noch so unvollkommene — Verbindlichkeiten anzusprechen, Aufrechnung, Bürgschaft, Pfandbestellung, Hypothek, Novation, Vertragsstrafberedung, alles dies ist unzulässig. Und das einzige, was übrig bleibt, der Ausschluß der soluti repetitio, teilen sie mit allen den mancherlei Tatsachen, darin die gesellschaftliche Anschauung die Quelle für bloße Anstandspflichten sieht (§ 814), ja teilen sie mit Tatbeständen, wo das Gesetz die Auf-

fassung als Obligationen ausdrücklich reprobiert, den Fällen, wo Zahlung und Annahme des Gezahlten gleich verbots- und moralwidrig sind. Will das Gesetz Rechtsgeschäften die Gültigkeit und die Fähigkeit, aufrechenbare, novierbare, verstärkbare Ansprüche zu begründen, versagen, so bezeichnet es sie als „nichtig" oder „unwirksam". Die Worte, „eine Verbindlichkeit werde nicht begründet", aber können nichts anderes bedeuten als die Formel, in der es einem Tatbestande die Eigenschaft eines rechtlichen Tatbestandes abspricht. Spiel, Wette und Versprechen eines Ehemäklerlohnes sind außerrechtliche Tatbestände wie etwa das „Versprechen" ewiger Liebe oder die „Verpfändung" der Ehre, „nuda facta", wenn man so sagen will. Die soluti retentio im § 762 ist ein Analogon zu § 814, im § 656 ein Analogon zu § 817 (zu letzterem vgl. Bericht der Reichstagskommission 94 f.).

b) **RG.** Holdheims MSchr. **04** 49, R. **04** 193 Nr. 899: Wettverträge sind trotz § 762 keine unsittlichen Geschäfte.

2. Spieleinwand oder Berücksichtigung von Amts wegen?

v. Seeler, AbürgR. **24** 15: Schief ist die Auffassung, daß durch die Erhebung des Differenzeinwandes die gemachten Geschäfte für unverbindlich erklärt werden. Vielmehr ist das Spiel an sich unwirksam. Von Erhebung des Spieleinwandes kann daher nur dann die Rede sein, wenn der Gewinner aus einem abstrakten Schuldversprechen, unter Verschweigung des Grundgeschäfts, Klage erhebt. Klagt er unter wahrheitsgemäßer Vorbringung des Tatbestandes, so ist die Klage an sich unbegründet, und es bedarf zur Abweisung keines Einwandes. — S. auch oben zu § 626 Ziff. 3a.

3. Begriff der Wette.

a) *Winkler: Wette ist derjenige zweiseitige Vertrag, bei welchem infolge eines Meinungskampfes jeder Kontrahent im Wagemute für die Bewährung der von ihm aufgestellten Behauptung eine Leistung an den anderen übernimmt und der Kontrahent, dessen Behauptung sich als richtig erweist, den Einsatz des anderen als Siegespreis für sein Rechthaben erhält, also der Vertrag, welcher den Streit über die Wahrheit einer Behauptung zu seinem alleinigen Objekte hat und wegen der Unwirtschaftlichkeit und der durch die Sitte stattfindenden Regelung eines solchen Geschäfts als ein der rechtlichen Ordnung zu unterwerfendes Verkehrsgeschäft nicht anzusehen ist. Setzt jemand aus Anlaß eines Meinungsstreits eine Geldsumme für die ihm an sich unerwünschte und von ihm als unmöglich behauptete Lösung einer wissenschaftlichen Frage aus und ein anderer unterzieht sich, ohne selbst einen Gegeneinsatz zu machen, dieser Aufgabe, so fehlen einem solchen Rechtsgeschäfte die charakteristischen Merkmale einer Wette mindestens in dem Falle, daß es den Kontrahenten nicht sowohl um ihr persönliches Rechthaben als um die Förderung einer wissenschaftlichen Arbeitsleistung zu tun war.

b) Francke: Die Wette ist ein Vertrag, durch welchen von zwei Gegenteiliges behauptenden Parteien eine jede der anderen einen Vermögenswert verspricht für den Fall erwiesener Unrichtigkeit der eigenen Behauptung. Einseitiges Versprechen einer Irrtumsstrafe gilt als dem Wesen nach verschieden vom gegenseitigen Wettvertrage und ist also nur nach den §§ 138, 123 ff., 119 ff., 116 ff., 104 ff., 518 nichtig oder anfechtbar. Als Schenkungsversprechen ist es dann anzusehen, wenn die Klarlegung des Irrtums nur eines Tuns bedarf, welches nicht als Arbeit erscheint, nicht im Ergebnis als Werk im Sinne des § 631 Abs. 2, z. B. wenn es zur Entscheidung des Streites nur des Nachschlagens in einer Schrift bedarf oder der Anfrage bei einem bekannten Dritten oder des Eintritts eines Ereignisses zweifelloser Auffassung.

Erscheint aber das Tun als Arbeit und das Ergebnis als ein Werk, so liegt zwar kein Werkvertrag vor, aber ein ihm ähnlicher entgeltlicher Vertrag, für dessen Abschluß es eine Formvorschrift nicht gibt: insbesondere, wenn der Beweis der Unrichtigkeit einer vom Versprechenden aufgestellten Behauptung nur mittels wissenschaftlicher oder literarischer Studien erbracht werden kann.

Der näheren Untersuchung, ob ein solches Tun oder Arbeit erforderlich ist, bedarf es für die Frage der Klagbarkeit nicht, sobald das Versprechen in der Form der Auslobung (§ 657) erfolgt.

c) Kohler: Eine Wette liegt stets dann vor, wenn in irgend einer rechtlichen Form ein Anspruch abhängig gemacht werden soll von der Entscheidung eines intellektuellen Streites. Auf das Wort „Wette" kommt es nicht an. Auch braucht das zu Versprechende nicht notwendig einen Vermögenswert zu haben; alles, was versprochen werden kann, kann als Leistung für den Fall des Unrechthabens benutzt werden. Der Wettvertrag kann auch in der Form der „Auslobung" eingegangen werden. Die Ähnlichkeit zwischen beiden liegt daher nicht im Inhalte, sondern in der Form. Die Form der Auslobung ist eine besonders gestaltete Vertragsform. Diese Form ist auch für die Wette verwendbar. Auch der Wettvertrag kann an unbestimmt wen gerichtet werden, und auch hier kann man die Annahme des Antrags in der Art vorsehen, daß ein Dritter den Antrag nur dadurch annehmen kann, daß er es versucht, den Antragsteller ins Unrecht zu setzen. Die Annahme des Vertragsantrags durch Leistung bedarf nicht des Bewußtseins, daß ein solcher in der betreffenden Form erfolgt ist; sie geschieht einfach durch objektive Leistung auch ohne Bewußtsein davon, daß die Leistung Annahmecharakter hat (5). — Über den Begriff der Auslobung s. das Nähere oben zu § 657 Ziff. 1 d.

d) Vgl. ferner zum Begriffe der Wette oben zu § 657 Ziff. 1 die Ausführungen über den Unterschied von Auslobung und Wette.

4. Darlehen zum Zwecke des Spielens. S. JDR. 2 Ziff. 2, insbes. zu d.

a) LG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 7 ff., R. **04** 602 Nr. 2604: Darlehen, welche zu Spiel und Wetten gegeben sind, sind an sich einklagbar; aus Vertrag und Vereinigung dazu können klagbare Ansprüche hergeleitet werden; es besteht ein Klaganspruch auf Herausgabe des von dem Beauftragten gemachten Gewinns.

b) OLG. 8 83 (Stettin): Das von einem Mitspieler einem anderen Mitspieler zum Zwecke des Spiels gewährte und entsprechend verwandte Darlehn ist klaglos, und zwar ohne jede Rücksicht darauf, ob die Gelder zur Deckung von Spielverlusten gerade gegenüber dem Darleiher selbst oder anderen Mitspielern Verwendung gefunden haben.

5. Wettwechsel. S. JDR. 2 zu § 762 Ziff. 4.

RG. DJZ. **03** 526 Nr. 109, R. **04** 45 Nr. 169: Hingabe von Wechselakzepten an Zahlungsstatt lediglich Eingehung einer Verbindlichkeit zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld. Daher Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe.

6. Abs. 2. „Schuldanerkenntnis."

RG. Holdheims MSchr. **04** 131: Das Wort „Schuldanerkenntnis" hat in § 66 Abs. 3 BörsG. keine andere Bedeutung als im § 762 Abs. 2. Hier aber bezieht es sich auch auf die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten. Ebenso wie beim Spiele der Ausschluß der Rückforderung des „Geleisteten" nur auf solche Leistungen zu beziehen ist, welche die Schuld derart erledigen, daß keine Verbindlichkeit zurückbleibt, so ist auch § 66 Abs. 4 BörsG. nur auf Leistungen dieser Art zu beziehen. Wer auf eine Schuld aus einem Differenzgeschäfte an Zahlungsstatt ein Wechselakzept gibt, leistet eine unwiderrufliche Zahlung.

§ 763. OLG. 9 12, R. **04** 481 Nr. 1977: Ein „Skatturnier" ist ein Ausspielvertrag im Sinne des § 763. Als ein der staatlichen Genehmigung überhaupt nicht bedürftiger Gesellschaftsvertrag kann es nicht aufgefaßt werden.

§ 764. 1. Aus der Literatur.

*Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB. III. 190—206: Unter Differenzgeschäften werden zweierlei Arten von Geschäften verstanden, die innerlich in schroffem Gegensatze stehen.

Die erste Kategorie (uneigentliche Differenzgeschäfte) sind Zeitgeschäfte, bei denen die Abwickelung durch Regulierung der Differenz zwischen dem Preise des ersten Ankaufs oder Verkaufs und dem Preise des Gegengeschäfts erfolgt. Diese Geschäfte sind die Grundgeschäfte des Börsenverkehrs und wirkliche Kaufgeschäfte. Im Gegensatze hierzu stehen die eigentlichen Differenzgeschäfte, deren Gegenstand ausschließlich die Differenz zwischen dem im Vertrage festgesetzten Preise und dem Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit bildet (190f., 194).

Nur auf diese Geschäfte bezieht sich der Differenzeinwand. Er hat notwendig ein Geschäft zur Voraussetzung, bei dem die Differenz durch einen einzigen Vertrag gewonnen werden soll (194). Aus diesem Grunde ist § 764 auch auf Kassageschäfte nicht anwendbar. Zwar kann auch mittels Kassakäufen gespielt werden, nämlich wenn Geschäft und Gegengeschäft zu dem Zwecke simuliert sind, damit die Differenz des Preises der beiden Geschäfte über Gewinn und Verlust entscheide, doch kann auf diese Geschäfte nur die allgemeinere Vorschrift des § 762 zur Anwendung kommen (202).

2. Aus der Praxis.

a) Begriff des Differenzgeschäfts.

RG. JW. **04** 291 (Holdheims MSchr. **04** 253): Ein Differenzgeschäft liegt nicht bloß dann vor, wenn der Kurs eines von vornherein bestimmten Tages über Gewinn und Verlust entscheiden soll, sondern auch dann, wenn die Bestimmung des Stichtages in das Belieben eines Kontrahenten gestellt ist.

b) Kassageschäfte als Differenzgeschäfte.

RG. JW. **05** 187: Wenn es sich bei den An- und Verkäufen um effektive Geschäfte gehandelt hat, so genügen die sogenannten Anzeichen für das Bestehen der Spielabsicht, die beim Ultimohandel Bedeutung gewinnen können, nicht, um den Geschäften den Charakter wirklicher Kauf- und Verkaufsgeschäfte zu rauben.

RG. Holdheims MSchr. **04** 252: Der Ausschluß der Lieferung und Abnahme kann unter Umständen (insbesondere wenn es sich um Aufträge zu An- und Verkäufen per Kassa handelt) auch nur bedeuten, daß die Stücke im Depot des Bankiers bleiben, nicht aber in den persönlichen Besitz des Spekulanten gelangen sollen.

c) Kontogeschäfte.

RG. JW. **05** 186: Die sogenannten Kontogeschäfte in Montanwerten an der Berliner Börse sind keine Kassageschäfte. Wird zwischen dem Kunden und der Bank allgemein für die zwischen ihnen abzuschließenden „Kassageschäfte", sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, vereinbart, daß immer nur für den letzten des Monats validierende Abrechnungen gegeben werden sollen, so wird in der Regel darin die Abmachung zu erblicken sein, daß die gekauften oder verkauften Papiere stets nur am letzten des Monats geliefert werden, die Geschäfte also zwar der Form nach Kassageschäfte, in Wahrheit aber Termingeschäfte sein sollen.

d) Bedeutung der Schiedsgerichtsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bankiers.

RG. JW. **04** 414: Durch Unterzeichnung der im Verkehre mit Bankiers üblichen sogenannten allgemeinen Geschäftsbedingungen wird, soweit die darin enthaltene Schiedsgerichtsklausel in Frage kommt, kein selbständiger Schiedsvertrag abgeschlossen. Die Schiedsgerichtsklausel ist vielmehr als Bestandteil der auf Grund der allgemeinen Geschäftsbedingungen später abgeschlossenen einzelnen Geschäfte anzusehen und wird daher von deren Ungültigkeit miterfaßt.

e) Einzelfragen.

BayObLG. R. **04** 450: Durch Differenzgeschäfte, die im Ausland abgeschlossen oder zu erfüllen sind, wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Vgl. § 68 BG.

RG. 58 366: Im Falle der Eintragung in das Börsenregister ist der Differenzeinwand nicht nur für diejenigen Geschäfte ausgeschlossen, welche dem Wortlaute des § 48 entsprechen, sondern für alle Geschäfte, die nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts als Börsentermingeschäfte anzusehen sind.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: Wie im vorigen Berichtsjahr, so haben auch in diesem wieder die Streitfragen aus § 774 und § 778 besonders eingehende Behandlung erfahren. Brett und Lippmann haben das vor allem von Strohal voriges Mal gründlich behandelte Verhältnis des Bürgen zu dem Drittverpfänder näher beleuchtet. Lippmann hat sich außerdem auch dem Kreditauftrage zugewendet. Er untersucht sehr eingehend sein Wesen, ohne jedoch sich einem seiner zahlreichen Vorgänger anzuschließen. Ihre eigenen Wege wandelt hier die Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts. Sie verlangt vor allem einen Auftrag und lehnt häufig Eccius' Anschauung ab. Meist wird freilich das Zustandekommen eines Auftrags verneint und der übrigbleibende „Bürgschafts"versuch Formmangels halber für nichtig erklärt. Auch im übrigen hat die Rechtsprechung reichhaltiges Material geliefert. Insbesondere die Form-Erfordernisse des § 766 sind in vielen Einzelheiten durchgeprüft worden. Fast jede einzige Entscheidung ist von weitreichendem praktischen Interesse. —

Literatur (s. unter § 774 und § 778).

§ 765. 1. Inhalt der Verpflichtung. S. JDR. **1** zu § 765 Ziff. 1, **2** Ziff. 1.

a) Literatur.

α. Isay, IheringsJ. **48** 193/4, 199 ff. (s. insbes. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 4 b) erblickt in der Bürgschaft das typische Auseinanderfallen von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis. Der Bürge verspricht nicht dem Gläubiger die geschuldete Leistung für den Fall, daß der Hauptschuldner sie nicht ordnungsmäßig bewirkt (Crome II 877), sondern er „steht" ihm lediglich „ein", er verspricht ihm Schadloshaltung für den Fall der Nichterfüllung. Er ist also nicht auch Subjekt des Schuld-, sondern lediglich des Haftungsverhältnisses. Anders bei der kumulativen Schuldübernahme: hier übernimmt der Übernehmer auch die Verpflichtung zur Leistung als Gesamtschuldner. Da der Einstehende lediglich mit seinem Vermögen einsteht, so ist seine Verpflichtung zum Schadensersatz lediglich Haftung für den vermögenswerten Ersatz des Schadens, den der Gläubiger durch Nichterfüllung erleidet. Das Einstehen kann demgemäß nicht die Verpflichtung zur Leistung selbst wie beim Schuldner sein.

β. Rechtsprechung.

αα. Verzicht des Bürgen auf Ersatzforderung.

OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 162—167, R. **04** 529 Nr. 2231. Zum Begriff oder Wesen der Bürgschaft gehört es nicht, daß der Bürge durch eine Leistung, die auf die Schuld des Hauptschuldners anzurechnen ist, eine entsprechende Forderung gegen den Hauptschuldner erlangt (§ 774). Wenn der

Bürge vor oder bei Eingehung der Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Gläubiger mit dem Hauptschuldner vereinbart, er verzichte auf jede etwaige Ersatzforderung aus einer seinerseits an den Gläubiger geleisteten Ersatzzahlung, so bleibt trotzdem der Bürgschaftsvertrag bestehen.

ββ. Vereinbarung späterer Fälligkeit.

OLG. Breslau, R. **04** 77 Nr. 319: Der Bürge steht, wenn in dem Bürgschaftsvertrage eine Bestimmung über spätere Fälligkeit entstanden ist, erst mit diesem Zeitpunkt ein.

γγ. Bürgschaft für Wechselkredit.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 3, R. **04** 77 Nr. 320: Die Bürgschaft für Wechselkredit enthält an sich nicht eine Bürgschaft für die kausalen Darlehen.

2. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags.

RG. 57 66, SchlHolstAnz. **04** 182/3, JW. **04** 196 ff., R. **04** 252 Nr. 1154 (s. auch u. zu § 766 Ziff. 1c): Der Bürgschaftsvertrag kann in der Weise zustande kommen, daß der Bürge eine Bürgschaftsurkunde dem Schuldner oder einem Dritten, der als Vermittler dient, übergibt, damit dieser einen Gläubiger erst aufsuche und dem gefundenen die Urkunde aushändige. In der Ausfolgung der Urkunde an den Schuldner oder den Dritten liegt alsdann die Ermächtigung für diesen, im Namen des Bürgen mit dem Gläubiger den Bürgschaftsvertrag abzuschließen, und mit der Empfangnahme der Urkunde durch den Gläubiger, die zugleich die Annahmeerklärung darstellt, kommt der Vertrag zustande.

3. Leistungsort. Vgl. JDR. **1** § 765 Ziff. 2, **2** Ziff. 3.

LG. Mainz, HessRspr. **5** 13: Bürgschaft für etwaigen Ausfall bei einer Wechselschuld. Leistungsort des Bürgen nicht identisch mit dem des Hauptschuldners, sondern vielmehr sein eigener Wohnsitz, da an einer Erschwerung daraus der Bürgschaft sich ergebenden Haftung vom Wohnsitz des Hauptschuldners aus auch für den Gläubiger kein Interesse besteht.

4. Aus der Rechtsprechung. S. JDR. **2** § 765 Ziff. 4.

a) **RG.** JW. **04** 704, R. **04** 480 Nr. 1972: Die Erklärung des Bevollmächtigten, neben der Haftung des Vollmachtgebers eine solche zu übernehmen, ist eine Bürgschaft.

b) Delkredere. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 274 ff.: Übernahme des Delkredere — Haftung für den Ausfall — für Akzepte keine Bürgschaft in dem Sinne, daß die dem „Bürgen" obliegende Leistung die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners zum Inhalte hat, keine akzessorische Natur, kein Übergang aus § 401. Die Verpflichtung des Delkrederestehenden trägt gegenüber der des Schuldners rechtlich einen durchaus selbständigen Charakter. Auf solche Vereinbarung treffen die Merkmale des Versicherungsvertrags zu, eines Vertrags, vermöge dessen ein Teil gegen Entgelt eine Leistung an einen anderen für den Fall des Eintritts eines künftigen ungewissen und, jedenfalls regelmäßig, diesen schädigenden Ereignisses verspricht. Haftung auch dann, wenn der Schaden (Einstellung der Zahlungen) zwar bereits vor Abschluß des Vertrags eingetreten war, hiervon aber zur Zeit des Abschlusses die Parteien keine Kenntnis gehabt hatten (276—279).

c) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 100 ff.: Ein Fall, wo die Erklärung „ich habe die Bürgschaft auf den Wechsel . . . als Aussteller übernommen", nicht als Bürgschaft, sondern als Anerkennung einer gefälschten Unterschrift aufgefaßt wird. S. auch o. zu § 687 Abs. 2.

5. Übergangsfragen.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 74/5: Ist die Bürgschaft und die Darlehensforderung vor 1900 entstanden, so wird durch nachträgliche Prolongationen lediglich jedesmal eine neue Zahlungsfrist mit bestimmtem Endpunkte gewährt. Es

bleibt die alte Verbindlichkeit unberührt bestehen, der Gläubiger steht nur auf einige Zeit von der Geltendmachung der Forderung ab. Durch den Ablauf des jedesmaligen Zahlungsziels wird der Bürge nicht frei; er haftet für die alte Verbindlichkeit. Seine Zustimmung zu den Prolongationsanträgen können als selbständige Bürgschaftsakte nicht erscheinen.

§ 766. 1. Erfordernisse. S. JDR. **1** zu § 766 Abs. 5, 6, **2** Ziff. 1.

a) Briefwechsel (§ 127 BGB.) reicht nicht aus.

RG. 57 260 ff., JW. **04** 232, FrankfRdsch. **04** 32 ff., 35 ff., R. **04** 529 Nr. 2232: Der Inhalt der Bürgschaftserklärung muß mindestens seinen wesentlichen Teilen nach in der Bürgschaftsurkunde selbst enthalten sein; es muß also aus ihr unmittelbar hervorgehen, daß dadurch der Aussteller, sei es persönlich, sei es namens und in Vertretung anderer Personen, das Einstehen für eine fremde Schuld dem Gläubiger des Dritten gegenüber erklären will, sowie ferner, für welche Schuld gebürgt werden soll. Eine Urkunde dagegen, die weiter nichts enthält als die nackte Erklärung, daß der von der anderen Seite gemachte Vergleichsvorschlag angenommen werde, und daß hierüber eine notarielle Urkunde aufzunehmen sei, entspricht nicht den Mindest-Anforderungen. Die im § 127 für die gewillkürte schriftliche Form erlassene Bestimmung ist nicht auf den Fall der gesetzlichen ausgedehnt worden; deshalb reicht auch für sie der „Briefwechsel“ nicht aus. Es soll eben der rechtsgeschäftliche Wille nicht erst aus dem Zusammenhange mehrerer Schriftstücke erkennbar werden, sondern sich unmittelbar aus demjenigen ergeben, durch dessen Abfassung der Form genügt werden soll (vgl. auch **RG. 51** 113). Der Umstand, daß der Briefwechsel die Verhandlungen über ein Vergleichsanerbieten betrifft, hat selbstverständlich für die Formfrage keine Bedeutung.

b) Bezugnahme auf eine schon erledigte Bürgschaftsurkunde.

RG. JW. **04** 552/3: Es ist gleichwertig, ob die Bürgschaftsurkunde bei Übernahme der Bürgschaft gleich dem Gläubiger hingegeben oder ob Bezug genommen wird auf eine vom Bürgen schon früher ausgestellte Urkunde, die der Gläubiger aus irgend einem Anlasse schon vorher in die Hände bekommen hat. Jedoch ist eine Urkunde, welche zum Zwecke der Übernahme einer anderen Bürgschaft, die inzwischen schon durch Erfüllung von Seiten des Bürgen erledigt ist, ausgestellt und freigegeben worden war, untauglich, als Schriftform für die neuübernommene Bürgschaft zu dienen.

c) Besonderes von der Unterschrift.

RG. 57 66 ff., SchlHolstAnz. **04** 182/3, JW. **04** 196 ff., FrankfRdsch. **38** 18 ff., R. **04** 252 Nr. 1154/6 (s. auch o. zu § 765 Ziff. 2): Der Bürgschaftsvertrag kann in der Weise zustande kommen, daß der Bürge eine Bürgschaftsurkunde dem Schuldner oder einem Dritten, der als Vermittler dient, übergibt, damit diese einen Gläubiger erst aufsuchen und dem gefundenen die Urkunde aushändigen. In Ausfolgung der Urkunde an den Schuldner oder den Dritten liegt alsdann die Ermächtigung für diese, im Namen des Bürgen mit dem Gläubiger den Bürgschaftsvertrag abzuschließen, und mit der Empfangnahme der Urkunde seitens des Gläubigers, die zugleich seine Annahmeerklärung darstellt, kommt der Vertrag zustande. — Gemäß §§ 766, 126 muß die Namensschrift des Ausstellers auf der Urkunde Unterschrift sein, unter der Urkunde stehen, ihren Inhalt der äußeren Erscheinung nach decken. Der Text der Erklärung braucht von dem Aussteller nicht geschrieben zu sein, die Unterschrift auch nicht erst unter den fertigen Text gesetzt zu werden. (Abweichend die preußische Praxis zu § 116 I. 5 ALR., anders schon die spätere des **RG. 14** 297, **15** 55, **17** 115, **27** 296.) Aus dem Zusammenhange der §§ 416, 439, 440 ZPO. mit dem materiellen Rechte ergibt sich, daß

es für die Frage der Formrichtigkeit der Urkunde ohne Belang ist, ob die Unterschrift zeitlich dem Texte nachfolgt oder vorausgeht. Ist die Unterschrift zum Zwecke der Bürgschaftsverpflichtung gegeben und ist der zur Zeit der Unterschrift im Texte dennoch fehlende Name des Gläubigers in diese seinem Willen entsprechend nachträglich eingerückt worden, so ist eine vollständige und gültige Bürgschaftsurkunde hergestellt.

d. Besonderes von den Nebenabreden.

α. **RG.** JW. **03** Beil. 108, JDR. **2** zu § 766 Ziff. 1d Abs. 2, jetzt ausführlicher in SeuffBl. **04** 403—406: Unter der „Bürgschaftserklärung" kann an sich nur die dem abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag im einzelnen Falle entsprechende Bürgschaftserklärung verstanden werden, und einen Teil von ihr bilden auch die Nebenabreden über Modalitäten der Bürgschaft, insbesondere über die Fälligkeit der Bürgschaftsschuld. Der Grund und Zweck der Formvorschrift erfordert die Erstreckung des Formzwangs wenigstens auf solche Nebenabreden, durch welche die bürgschaftliche Verpflichtung über das gesetzliche Maß hinaus ausgedehnt wird. Die Frage, ob Abmachung zwischen dem Gläubiger und Bürgen, welche die gesetzliche Verbindlichkeit des Bürgen oder dessen ursprüngliche vertragsmäßige Verbindlichkeiten mildern, auch in Ansehung der Erklärung des Bürgen formfrei sind, weil hier durch das Schrifterfordernis das Interesse des Bürgen geradezu geschädigt werden könnte, kann dahingestellt bleiben.

β. OLG. **8** 84/85, R. **04** 166 Nr. 749 (Dresden): Unwirksamkeit einer in die Bürgschaftsurkunde nicht aufgenommenen Bedingung.

γ. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 340, R. **03** 570 Nr. 2923 — JDR. **2** zu § 766 Ziff. 1b — s. jetzt auch SeuffA. **59** 143/44.

2. Auftrag zur Verlängerung. S. JDR. **2** § 766 Ziff. 2.

RG. JW. **04** 553: Der § 766 bezieht sich nur auf die Bürgschafts-Erklärung, d. h. diejenige, die der Bürge dem Gläubiger abgibt, nicht auf die Erteilung und die Annahme des Auftrags zur Übernahme einer Bürgschaft sowie auf die Abänderung der diesbezüglichen Vereinbarung.

3. Bürgschaft durch Mitunterzeichnung eines Wechsels.

OLG. München, R. **04** 139 Nr. 267: Wenn auch die Ausstellung eines Wechsels, um durch diese eine Bürgschaft zu leisten, dem § 766 nicht genügt, so kann doch durch die Mitunterzeichnung des für die Hauptschuld ausgestellten Wechsels, insbesondere wenn sie zum Zwecke der Bürgschaftsübernahme erfolgt ist, eine Inbezugsetzung der Haftung des Bürgen zu der von ihm zu vertretenden Hauptschuld gegeben und dem Zwecke des § 766 entsprochen sein. Auch die bloße Mitunterzeichnung eines Schuldscheins durch einen Dritten ohne Hervorhebung des Bürgschaftsverhältnisses würde unter solchen Umständen dem § 766 entsprechen.

4. **RG.** SächsA. **14** 59 ff.: Mangelnde Schriftform (tatsächliche Würdigung).

§ 767. 1. Unmöglichmachen der Leistung durch den Bürgen.

Titze, KrVSchr. **45** 362/63, hält gegen Kisch, Unmöglichkeit 43 Anm. 14, die Haftung des Bürgen in denjenigen Fällen, wo er selbst die Leistung des Schuldners schuldhaft unmöglich gemacht hat (mit Oertmann zu § 767 unter 2a) für eine kontraktliche und nicht — wie Kisch — nur für dann begründet, wenn im einzelnen Falle die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen gegeben sind. Die Vertragsklage ist eine Klage aus dem Bürgschaftsvertrage. Der Gläubiger muß sich auf den Schaden, den er vom Bürgen ersetzt verlangt, dasjenige anrechnen lassen, was er zufolge seiner Befreiung von der Gegenleistungspflicht erspart.

2. Hinausschieben des Fälligkeitstermins.

RG. 56 310 ff., R. **04** 166 Nr. 751: Wird die Verpflichtung des Schuldners durch Hinausschieben des Fälligkeitstermins gemindert, so kommt das auch dem Bürgen zugute, und die aus der Stundung dem Hauptschuldner erwachsende Einrede kann dem Bürgen nicht entzogen werden. Es unterliegt jedoch erheblichem Zweifel, ob dem Hauptschuldner wirksame Stundung erteilt ist, wenn deren Bewilligung mit der Beschränkung vom Gläubiger ausgesprochen ist, daß dieser berechtigt bleiben solle, den Bürgen auszuklagen und der Bürge, auf den Hauptschuldner zurückzugreifen, oder ob nicht vielmehr diese Erklärung des Gläubigers auf eine Ablehnung der erbetenen Stundung und die Verweisung des Schuldners an die Nachsicht des Bürgen hinausläuft. S. a. IDR. **2** § 767 Ziff. 2 b u. § 768 Ziff. 1.

3. Satz 3.

RG. 56 109 ff., SeuffA. **59** 442 ff.: Prozeßführung ein Rechtsgeschäft im Sinne des Abs. 1 Satz 3, s. u. zu § 768 Ziff. 2 die Folgerungen daraus.

4. Abs. 2.

RG. 56 256/7, IW. **04** 113: Die nach Abs. 2 den Bürgen treffende Verpflichtung ist, weil sie kraft Gesetzes zu der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung hinzutritt, eine von dieser abhängige Nebenverpflichtung, daher sind die betr. Kosten nach § 4 und § 546 Abs. 2 ZPO. bei der Berechnung des Beschwerdewerts der Revision nicht zu berücksichtigen.

§ 768. 1. Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse — s. vor allem o. zu §§ 241 ff. Ziff. 5 b — untersucht (36—72) die Prinzipien, auf die der Satz des § 768 zurückzuführen ist: der Akzessorität, der Identität, des zu vermeidenden Regresses, der Intention des Bürgen bei der Verbürgung, der nie weiter haften will als der Hauptschuldner, und findet die Lösung in dem Umstand, daß der gültige Bestand der Hauptschuld eine Voraussetzung für den der Bürgschaft ist (63).

2. **RG. 56** 109 ff., SeuffA. **59** 442 ff., R. **04** 77 R. 321: Die Ansicht, daß die rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldners dem Gläubiger das Recht gebe, dem Bestreiten des Bestandes der Hauptschuld durch den Bürgen die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenzustellen (OLG. Köln a. a. O. 110, Mendelssohn-Bartholdy, Hellwig, Seuffert), ist unrichtig. Vielmehr erscheint die Prozeßführung des Hauptschuldners als ein Rechtsgeschäft, durch das er im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitern darf; denn er verfügt durch sie in rechtlich verbindlicher Weise über den sein Rechtsverhältnis zu dem Gläubiger betreffenden Prozeßstoff und die ihm zustehenden Rechtsbehelfe. Der Bürge kann also Einreden des Hauptschuldners, auch wenn sie im Vorprozesse abgewiesen wurden, geltend machen. — S. auch schon IW. **03** Beil. 141, 142 in IDR. **2** § 768 Ziff. 5.

3. OLG. Stuttgart, R. **04** 552 Nr. 2375. Kein Recht des Bürgen, gegen die Forderung des Gläubigers eine Gegenforderung des Hauptschuldners aufzurechnen.

§ 774. Literatur: Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen, ABürgR. **25** 84 ff. — Breit, Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigenden Gläubigers nach BGB., Gruchots Beitr. **48** 283 ff. — Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners, ThürBl. **51** 180—186.

1. Zu Koban, Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers — IDR. **2** zu § 774 Ziff. 1 — s. Eccius, Gruchots Beitr. **48** 678/9: anerkennende Rezension. — S. ferner Meyer IVBl. **04** 110/1. Im Gegensatze zu Koban (16—19, 20) nimmt er an, daß es Sache des Hauptschuldners ist, den

Bürgen auch ohne Aufforderung zu informieren und daß der Bürge eine fällige Schuld (ohne Information einzuholen) zu bezahlen als innerhalb seines Auftrags liegend ansehen darf. Gegen Kobans Unterscheidung zwischen dem gesetzlichen Übergang der Regreßforderung und wirklicher Zession (80, 88/9) s. Meyer a. a. O. An sich hat der Schuldner aus dem Verhältnisse zwischen ihm und dem Bürgen einen Einwand, nur vorsichtshalber hat man für den Fall des Übergangs ohne ausdrückliche Zession dasselbe vorgeschrieben. — Im übrigen anerkennend und zustimmend.

2. *Bendix 90: Die Entstehungsgeschichte und der Zusammenhang der §§ 774, 1143, 1173, 1225 ergibt:

a) daß der Bürge, auch Mitbürge, sowie der fremde Pfand= u. Grundstückseigentümer, soweit er den Gläubiger befriedigt, nur die Forderung gegen den Hauptschuldner mit den von ihm bestellten Pfändern (Hypotheken), nicht aber auch die dem Gläubiger von Dritten bestellten Sicherheiten erwirbt,

b) daß, soweit einer von mehreren Mitbürgen oder einer von mehreren Drittverpfändern die Einlösung bewirkt, die von den Genossen durch die Mitbürgschaft oder Pfänder bestellten Sicherungen nur in Höhe des Ausgleichungsanspruchs, nicht schlechthin übergehen,

c) daß dieser Grundsatz zu b im Falle der Gesamthypothek auch dann gilt, wenn das eine oder andere der belasteten Grundstücke dem persönlichen Schuldner gehört, der Eigentümer eines der anderen Grundstücke aber den Gläubiger befriedigt.

3. Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder. S. JDR. 2 § 774 Ziff. 2.

a) Lippmann formuliert die Frage so: Wer muß bei Insolvenz des Hauptschuldners für die Forderung bluten, wenn für diese zugleich ein Drittverpfänder mit dem Pfande und ein Bürge persönlich haftet, der Drittverpfänder oder der Bürge? Er erörtert insbes. die Strohalsche Ansicht (vgl. JDR. 2 a. a. O.) und ist der Ansicht, daß für die hier streitige Frage die §§ 1143, 1225 und 774 nicht zu verwenden sind. — Mit einem bloßen Regreßrecht ist sie nicht zu lösen. § 776 aber gibt ihm mehr als ein bloßes Regreßrecht. Wird der Bürge nach § 776 dem Gläubiger gegenüber frei, so braucht er ein Regreßrecht gegen den Schuldner und die von diesem gegebenen realen und personalen Sicherheiten gar nicht, ein solches ist logisch gar nicht denkbar. Der Gläubiger darf und kann nach § 776 die vom Hauptschuldner gegebenen Sicherheiten nicht aus den Händen geben, ohne zugleich insoweit auch sein Recht gegen den Bürgen aus den Händen zu geben. Und dieses Recht des Bürgen hält auch diejenigen Sicherheiten zu seinen Gunsten fest, die der Gläubiger erst nach der Bürgschaftserklärung erlangt haben sollte. Solange die Forderung des Gläubigers noch nicht bezahlt ist, haben Gläubiger und Bürge ein identisches Interesse; beide sind gewissermaßen solidarisch verbunden und zu den Sicherheiten berechtigt. Dies ist der eigentliche Inhalt des § 776. Der Ton im § 776 liegt darauf, daß in jedem Falle ohne Genehmigung des Bürgen gehandelt worden ist. Wie eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nicht anerkannt ist, so steht auf der anderen Seite auch der Bürge unabhängig vom Gläubiger da und hat ein unbedingtes Recht auf die Sicherheiten der Forderung.

Besonderes über den Fall, wenn das Pfand absolut wertlos ist, 185/6.

b) Breit erklärt Strohals Ansicht für unzutreffend. Die Frage ist, ob die entsprechende Anwendung des § 401 nach § 412 tatsächlich so allgemein und ausnahmslos Platz greift, wie es nach § 412 der Fall scheint. Der Grundsatz der §§ 401, 412 wird bei der Mitbürgschaft und bei der Gesamthypothek durch=

brochen; in beiden Fällen Übergang der Sicherung trotz des vollständigen Übergangs der Forderung nur in Höhe der Ausgleichungspflicht! Es fragt sich: müssen diese beiden oder drei (event. auch noch der Fall der Mitverpfänder, §§ 774 Abs. 2, 1225), nicht als Grundlage für die Formulierung eines allgemeinen Satzes verwertet werden? — An Beispielen versucht er den Nachweis, daß Strohals Prämisse, daß mit dem gesetzlichen Übergang einer Forderung alle für sie bestehenden Pfand- und Hypothekensicherheiten auf den neuen Gläubiger ohne weiteres ausnahmslos mit übergehen, trotz der §§ 401, 412 nicht zutreffe; er wirft ihm Umkehrung von Grund und Folge vor. In Wahrheit ist, führt er aus, das Verhältnis zwischen den beiden Sätzen gerade umgekehrt: Die Frage, ob eine Ausgleichung zwischen Bürgen und Drittverpfänder stattzufinden hat, ist präjudiziell für die nach dem Übergange der Sicherheit auf den befriedigenden Teil. Der Grundsatz, daß die Sicherung auf den befriedigenden Teil nur dann übergeht, wenn er einen obligatorischen Ausgleichungsanspruch gegen den durch die Sicherheit Verpflichteten hat, gilt ganz allgemein und so auch hier. Diese Ausnahme ist in restriktiver Interpretation der §§ 401, 412 anzuerkennen. Ist ein Dritter — nicht der Zessus — durch die Sicherung der übergegangenen Forderung verpflichtet, so tritt der Übergang auf den Zessionar nur ein, wenn ihm nach dem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Innenverhältnisse gegen den Dritten Ersatzansprüche für seine Leistung an den Zedenten zustehen. Einen Beweis für die Richtigkeit dieser Auffassung bietet der § 1173 (Gesamthypothek).

Belanglos dagegen ist der Wert der Pfandsache (293/4): gegen Martinius.

4. Bürgschaft und Aufrechnung. S. JDR. **2** §§ 387, 388 Ziff. 6, § 774 Ziff. 3.

*Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung (71): Mit einer eigenen Forderung gegen den Gläubiger kann der Bürge aufrechnen. Dadurch erwirbt er die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner.

5. Möglichkeit der vertragsmäßigen Abtretung.

OLG. **9** 14 ff., SeuffA. **59** 271 ff., HansGerZ. **04** Beibl. 67 ff. (Hamburg): Wird erst geltend gemacht, daß der Gläubiger dem zahlenden Bürgen die Rechte gegen den Schuldner freiwillig abgetreten habe, dann aber die Klage auf den gesetzlichen Übergang aus § 774 Abs. 1 gegründet, so liegt keine Klagänderung vor.

6. Abs. 2.

OLG. **9** 15, SeuffA. **59** 271/2, HansGerZ. **04** Beibl. 67 ff., R. **04** 481 Nr. 1978 (Hamburg): Der ganz allgemein gehaltene Abs. 2 des § 774 greift auch dann Platz, wenn die Abtretung vertraglich erfolgt, es sei denn, daß der Kläger beweist, daß über den Ausgleich der Parteien „ein anderes bestimmt ist“ (§ 426 Abs. 1).

7. LG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 5/6: Nur wenn der Wechselgläubiger und Wechselbürge ausdrücklich übereingekommen sind, daß neben der Wechselbürgschaft zugleich eine zivilrechtliche bestehen soll, ist der Wechselbürge zugleich Bürge im Sinne des Zivilrechts. — Aufgehoben durch OLG. Hamburg, ebenda 6/7. Das Verhältnis mehrerer nur wechselrechtlich verpflichteter Bürgen untereinander ist kein wechselrechtliches; die Ausgleichspflicht richtet sich nach bürgerlichem Rechte (§§ 774, Abs. 2). Unerheblich ist, daß der eine Bürge erst später und ohne Vorwissen des anderen als Bürge zeichnete. — S. auch JDR. **1** zu § 774 Ziff. 5.

8. OLG. Dresden, SächsA. **14** 651: Verhältnis des § 774 zum § 68 KO.

§ 775. 1. Konkurs des Schuldners.

a) Boethke, Gruchots Beitr. **48** 169/70, bemerkt gegen Erlinghagen, Der Rückgriff des Bürgen auf den Schuldner im Konkursfalle des letzteren (**RG. 9** 75 und **14** 172): der befreite Bürge kann nicht mehr in die Lage kommen, Regreßansprüche zu erheben. Kumulieren lassen sich beide Ansprüche auch im Konkurse nicht. Neben der vollen — konkursmäßigen — Befriedigung des Anspruchs auf Befreiung kann ein Regreßanspruch gegenüber der Konkursmasse nicht fortbestehen. Der Sinn des Plenarbeschlusses ist der, daß der Bürge im Konkurse des Schuldners mehr nicht verlangen kann, als seine Befreiung von der Bürgschaft, daß er diese soweit, als die Masse reicht, erhält und einen weitergehenden Anspruch als Konkursgläubiger nicht erheben kann.

b) OLG. Cöln, RheinArch. **04** I 178 ff.: Der § 775 Nr. 1 bezieht sich nur auf die Rechte des Bürgen außerhalb des Konkursverfahrens, während die Rechte des Bürgen im Konkursverfahren durch die Konkursordnung allein geregelt werden.

2. **RG. JW. 04** 553: Der Bürge, der sich Sicherheit bestellen läßt, verzichtet damit an und für sich noch nicht auf das Recht, Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen; dagegen kann sich ein solcher Verzichtswille aus den Parteiverhandlungen ergeben.

§ 776. 1. Sorgfaltpflicht des Gläubigers. S. JDR. **1** zu § 776 Abs. 2, **2** § 776 Abs. 3.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 196 ff.: Aus der Rechtswohltat des beneficium cedendarum actionum in Verbindung mit der bonae fidei-Natur des Bürgschaftsvertrags folgt, daß der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zu einer nach Treu und Glauben zu beurteilenden Sorglichkeit in der Bewahrung seiner Klagerechte verpflichtet ist, und daß dem selbstschuldnerischen Bürgen das beneficium zur Seite steht, wenn der Gläubiger diese Pflicht vorsätzlich oder grobfahrlässig verletzt. In bloßer Nachsichtigkeit und Unterlassung der Klagerhebung ist ein solcher Verstoß nicht zu erblicken. Mit einem Selbstmorde des Schuldners und einer Aberkennung des Gehalts im Disziplinarwege braucht nicht gerechnet zu werden.

2. BayObLG. **4** 786 ff., R. **04** 45 Nr. 172 eingehend bezüglich des Art. 2037 code civil, insbes. 795: Der Art. 2037 wie der Art. 2029 haben nicht bloß die zur Zeit der Übernahme der Bürgschaft begründeten, sondern auch die nachher erworbenen Nebenrechte des Gläubigers zum Gegenstand. Die Pflicht des Gläubigers, die Nebenrechte, namentlich die Pfandrechte, die er erworben hat, im Interesse des Bürgen zu erhalten, beruht unmittelbar auf dem Gesetze. Diese Auslegung ist auch innerlich berechtigt: wenn der Gläubiger es in seinem Interesse findet, wegen der Verschlimmerung der Verhältnisse des Schuldners sich weitere Sicherheiten, namentlich Hypotheken, zu verschaffen, ist es nicht unbillig, daß die später erworbenen Hypotheken auch zugunsten des Bürgen gewahrt bleiben. Auch das BGB. § 776 hat sich auf diesen Standpunkt gestellt.

Bezüglich des Art. 2037 s. auch noch BayObLG. **5** 568 ff. (tatsächliche Ausführungen).

§ 777. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung 31/32: Zu den im § 777 genannten Handlungen des Gläubigers besteht eine indirekte Verpflichtung.

§ 778. Literatur: Lippmann, Der Kreditauftrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs, JheringsJ. 48 315—381.

1. Dogmatisches. S. JDR. **1** zu § 778 Ziff. 1, 2, **2** Ziff. 1.

a) Lippmann bekämpft die Entscheidung des **RG. 50** 160 ff. (s. JDR. **1** § 778 Ziff. 4), wonach der § 766 lediglich für die Bürgschaft gegeben sei, zwischen ihr und dem Kreditauftrag ein materieller Unterschied bestehe. Er beleuchtet den

§ 766 als eine Art von Novellengesetzgebung und spricht ihm den Wert ab. Ferner findet er einen Widerspruch in der Aufstellung des Schriftform-Erfordernisses für die kumulative Schuldübernahme (s. o. zu § 414 Ziff. 2). 331 ff. unterzieht er den Satz, daß zwischen Kreditauftrag und Bürgschaft ein materieller Unterschied bestehe, daß vor der Kreditgewährung die Grundsätze des Mandats, nach der Gewährung die der Bürgschaft zur Anwendung kämen, einer Kritik. Ein Rechtsverhältnis, das bei seiner Entstehung Mandat war, kann unmöglich an seinem Ende Bürgschaft sein. Gegen Rothenberg (AzivPr. 77 323 ff.) a. a. O. 332 ff. Was kann dem Kaufmann ein Kreditauftrag nützen, der heute gegeben, morgen wieder zurückgenommen werden kann? (338). Nach ihm kann der Kreditauftrag in die Form eines einseitigen Vertrags in der Weise gekleidet sein, daß entweder nur der Auftraggeber oder nur der Beauftragte primär Verpflichtungsstellung hat. Er kann aber auch in einem gegenseitigen Vertrage seinen Ausdruck finden (341). Jede Bestimmung des Begriffs ist nur Dispositivvorschrift, die nach dem Parteiwillen des einzelnen Falles der Abänderung unterliegt. Dies gilt auch für das aus Mandat und Bürgschaft gemischte Geschäft des BGB. (342). Der Begriff des Kreditauftrags ist ein Laienbegriff, hergenommen lediglich aus dem ökonomischen Zwecke der Sache ohne Rücksicht auf ihre juristische Form. Das BGB. setzt die Form beiseite, wenn es als Kriterium eine (unwiderrufliche) Verpflichtung des Auftraggebers lediglich ex re aus der Tatsache der Kreditgewährung bestimmt, ohne Rücksicht darauf, wie vorher Recht und Pflicht derselben etwa gelegen haben mögen. Die Form des Mandats kann auch zurückgestellt werden; ist heute schon ein einseitiger Vertrag, in dem sich der eine Teil zur Gewährung des Kredits an einen Dritten dem anderen Teile gegenüber verpflichtet, nach § 328 rechtswirksam, so gilt dies umsomehr auch für einen gegenseitigen Vertrag, in dem einerseits eine Verpflichtung zur Kreditgewährung, andererseits zur Gewährleistung dafür verabredet ist. Wie der Garantieempfänger, ist hier auch der Garant zu einer unbedingten Garantieleistung verbunden. So ist es, wenn das Interesse am Geschäfte lediglich beim Garanten oder dem Dritten liegt. Betätigt das Geschäft lediglich ein Interesse des Garantieempfängers, so hängt es allein von seiner Entschließung ab, ob der Vertrag zur Erfüllung gelangen, ob also auch dem Dritten eine Kreditgewährung zugute kommen soll oder nicht. Der Zweck des Vertrags ist auch hier der Regulator der Sache (§ 328). Will aber der Garantieempfänger Garantieleistung beanspruchen, so muß er auch seinerseits den Kredit an den Dritten gewähren (344). Der Rechtsfigur des Mandats kann demnach ganz entraten werden. Womit aber nicht gesagt ist, daß ein Kreditauftrag nicht auch in dem Falle anzunehmen wäre, daß der Kreditgeber Widerrufsrecht, der Kreditnehmer Kündigungsrecht hat. Aber die Gültigkeit eines solchen Abkommens, wenn es im einzelnen Falle den ökonomischen Zweck einer Forderungssicherung verfolgt, darf die Theorie nicht mehr einfach aus der Lehre vom Mandat ableiten (346). — Was nun die materielle Seite der Sache anlangt, so sind die inneren Gedanken des Mandatsinstituts im Kreditauftrage nur entschieden verwässert erhalten. Ein Kreditversprechen ist Versprechen einer vertretbaren Sache. Beim gewöhnlichen Mandat hat der Mandant ein Interesse an der Ausführung des Auftrags, beim KA. liegt es lediglich beim Mandatar. Nur mit Zwang läßt sich der § 670 anwenden. Das Mandat setzt eine künftig erst vorzunehmende Handlung voraus. Beim KA. kann die Handlung auch schon in der Vergangenheit liegen, z. B. im kaufmännischen Kontokurrentverkehr. Das Widerrufs- und Kündigungsrecht sind beim KA. ausgeschlossen. §§ 672, 677 sind nicht anwendbar. Im Falle des Konkurses kommt nur § 17 KO., nicht § 23 in Betracht. Selbst im Falle eines einseitigen Kreditauftrags kann der Konkurs des Auftraggebers nicht ein-

fach sein Erlöschen zur Folge haben. So erscheint der Mandatsgedanke überall hier (346—356 das Genauere) als ein degenerierter; der KA. ist regelmäßig höchstens als mandatsähnlich zu bezeichnen (357). Im folgenden (357 ff.) erörtert er, ob denn grundsätzliche Unterschiede zwischen KA. und Bürgschaft bestehen. Gegen Rothenberg und Dernburg verneint er eine Diligenzpflicht des Gläubigers (Beauftragter), und wofür sollte Diligenz zu leisten sein? (360 ff.). Nur darin besteht ein tatsächlicher Unterschied zwischen KA. und Bürgschaft, daß beim KA. viel häufiger besondere Verabredungen über Wiedereinziehung der Forderung getroffen werden als bei der Bürgschaft (362). Gegen Endemann (I 860 ff., § 190) a. a. O. 363/4, Staub, der (II § 349 Nr. 4) erklärt, die Auftragserteilung beim KA. enthalte stets eine Garantiehaftung, a. a. O. 364/5 und Cosack, nach dem (I 590) Bürgschaft und KA. überhaupt nur in dem einen Punkt zusammentreffen sollen, daß der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die aus der Kreditgewährung entstandenen Verpflichtungen ebenso wie ein Bürge hafte, im übrigen aber verschieden seien 365—367, Schollmeyer (82), der von einer Bürgschaftsleistung in Form des Auftrags spricht, 367/8. Über die Frage, was tritt ein, wenn trotz der Kreditgewährung im einzelnen Falle eine Verbindlichkeit des Dritten aus subjektiven oder objektiven Gründen nicht entsteht? a. a. O. 368 ff. Insbesondere erörtert wird die Kreditgewährung an einen Geschäftsunfähigen. Nach Rothenberg und Dernburg soll solche Kreditgewährung gleichwohl die actio mand. contraria gegen den Auftraggeber begründen, während ein Bürgschaftsgeschäft nichtig sei. Nach Lippmann muß, wie die Bürgschaft in diesem Falle nichtig ist, es auch der Auftrag sein, der hier als KA. die Zwecke der Bürgschaft erfüllen soll. Denn solcher Auftrag betrifft eine unmögliche Leistung des Beauftragten. Wann dem Beauftragten u. U. ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 307 entspringt, ist quaestio facti. Jedenfalls ist eine allgemeine Rechtsregel, wie die genannte Auffassung sie aufstellen will, nicht aufzustellen (372). Unter der Kreditgewährung im Sinne des Gesetzes ist eben nicht bloß der äußere Schein einer solchen, sondern eine gültige, wirksame Kreditgewährung zu verstehen (374). — Die Fassung des § 778 bezeichnet er (376 ff.) als zu langatmig, aber auch als einseitig, weil sie nur auf den Fall zugeschnitten ist, daß es sich um künftige Kreditgewährung handelt. Für den Fall, daß in einem gegenseitigen Vertrag ein Kreditversprechen enthalten ist, ist sie falsch (377), aber auch in anderen Fällen (378). Er empfiehlt den § 213 I 14 ALR.: „Wer . . . erklärt, daß jemandem auf seine Gefahr Kredit gegeben werden könne, wird als Bürge verhaftet." Jedenfalls ist aber die Stellung des Auftraggebers im § 778 materiell von vornherein Bürgschaftsstellung. Die Folge ist, daß eine solche Verpflichtungserteilung gemäß § 766 der schriftlichen Form bedarf (381).

In einer Nachschrift (381—398) wendet er sich (381—385) gegen Eccius, Gruchots Beitr. **46** 55 ff. (JDR. **1** § 778 Ziff. 1) und (385—398) gegen Weidemann, GoldschmidtsZ. **53** 429 ff. (JDR. **2** § 778 Ziff. 1b).

b) Zu Förster, Kreditauftrag — s. JDR. **2** zu § 778 Ziff. 1a — s. Eccius Gruchots Beitr. **48** 679: anerkennende Rezension.

2. Rechtsprechung.

a) **RG.** SächsA. **14** 61/62 (27. 4. 03): Erforderlich ist vor allem ein wirklicher rechtsgeschäftlicher Auftrag für den Kreditauftrag. (S. diese Entscheidung auch o. zu § 414).

RG. **56** 130—137, JW. **04** 37, DJZ. **04** 169/170, R. **04** 105 Nr. 463, verbleibt bei dieser seiner Ansicht, daß ein wirklicher rechtsgeschäftlicher Auftrag erforderlich sei, und wendet sich gegen Eccius, Gruchots Beitr. **46** 55 ff. (JDR. **1** Ziff. 1), der den § 662 völlig ablehnt. Es ist durchaus möglich und

im Verkehrsleben keineswegs selten, daß jemand aus eigenen geschäftlichen oder sonstigen Gründen ein Interesse daran hat, daß ein anderer mit einem Dritten bestimmte, insbesondere mit Kreditgefährdung verbundene Rechtsgeschäfte abschließe, und dieses Interesse kann ihn auch dazu bestimmen, seinerseits denjenigen, welcher das Geschäft mit dem Dritten im eigenen Namen und für eigene Rechnung abschließen soll, hierzu vertragsmäßig zu verpflichten. Geschieht dies in der Weise, daß der eine zu dem Abschlusse des Geschäfts Auftrag gibt, der andere ihn annimmt, so liegt in der Tat eine Geschäftsübertragung vor. Vielmehr ist die Annahme begründet, daß das Gesetz bei dem Kreditauftrag immer einen von dem einen Teile gegebenen, von dem anderen angenommenen Auftrag im Auge habe und erfordere. (Es wurde das Zustandekommen eines solchen Auftrags nicht, sondern lediglich Bürgschaft angenommen und wegen Formmangels nach § 766 abgewiesen.)

Auch LG. Heidelberg, BadRpr. **04** 260, betont die Notwendigkeit einer Erklärung, die auf die Besorgung einer Kreditierung gerichtet und durch deren Annahme der Beauftragte auch dazu verpflichtet wird, für den Kreditauftrag. (Im fraglichen Falle verneint).

b) OLG. 8 84, R. **04** 105 Nr. 465, 166 Nr. 748 (Marienwerder), geht von Eccius' Ansicht aus und nimmt auf Grund tatsächlicher Würdigung nur eine Ermächtigung an, Arbeiten unter Haftung des Ermächtigenden so lange fortzusetzen, bis diese zurückgezogen werde. Keine Schriftform hierfür erforderlich.

c) OLG. **9** 13ff., SeuffA. **59** 444ff., PosMschr. **04** 35/6 (Marienwerder): Nach § 778 tritt die Haftung des Auftraggebers als Bürgen erst mit der Kreditgewährung ein. Vorher untersteht das Rechtsverhältnis den Bestimmungen über den Auftrag und ist dem § 671 (Kündigung, Widerruf) unterworfen. Dagegen ist der Bürgschaftsvertrag unwiderruflich und als unwiderruflich jedenfalls dann anzusehen, wenn es sich um eine bereits entstandene Verbindlichkeit handelt. Mit dem Wesen des Kreditauftrags ist es unvereinbar, ihn auf die Vertragserfüllung zu beziehen. Er wird vielmehr erst die Veranlassung zur Eingehung der Hauptverbindlichkeit. Sind schon Vertragspflichten vorhanden, so kann niemals von einem — auch mündlich gültigen — Kreditauftrage, sondern nur immer von einem — der Schriftform bedürfenden — Bürgschaftsvertrag die Rede sein.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 310, nimmt Kreditauftrag an, hält Schriftform nicht für erforderlich, unter Bezugnahme auf **RG. 50** 160.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

Literatur: Sellner, Der Vergleich nach dem BGB., SeuffBl. **04** 28—38.

§ 779. 1. Dogmatisches.

Sellner führt aus:

a) Begriff (28—31).

α. Die Vereinbarungen, welcher unter dem Namen „Vergleich" zusammengefaßt werden, umfassen neben der zum Vergleichsabschlusse eingegangenen Verpflichtung noch jene obligatorischen oder dinglichen Vereinbarungen von objektiver Wirkung, welche gleichzeitig abgeschlossen werden, während alles Spätere zum Vollzuge des Vergleichs gehört. — Der Vergleich kann auch andere obligatorische Verträge in sich aufnehmen, dann kommen neben den für den Vergleich geltenden Grundsätzen noch jene des besonderen Rechtsgeschäfts zur Anwendung.

β. Fehlt es an dem Erfordernisse des Streites oder der Ungewißheit, so ermangelt die causa; aber die objektiven Rechtsänderungen bleiben zunächst bestehen; es greift § 812 Platz. — Es genügt die lediglich subjektive Ungewißheit der Parteien, mag auch die Rechtslage objektiv völlig sicher sein. — Hinsichtlich

eines vorhandenen rechtskräftigen Urteils ist die Wirkung des Vergleichs nach Maßgabe des § 767 ZPO. beschränkt. — Der Streit oder die Ungewißheit kann sich auf tatsächlichem oder rechtlichem Gebiete bewegen. Befindet sich nur eine Partei in Ungewißheit, so wird meist § 123 oder § 826 in Betracht kommen.

γ. Gleichwertigkeit des Nachgebens ist nicht erforderlich. — Auch außerhalb des streitigen Rechtsverhältnisses liegende Leistungen können übernommen oder auf solche Ansprüche verzichtet werden. Sie müssen aber integrierende Bestandteile des Vergleichs sein. Unterwirft sich ein Teil völlig den Ansprüchen des anderen, so liegt kein Vergleich vor, sondern ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. Schuldanerkenntnis, Verzicht. Die Formbefreiung des § 782 findet keine Anwendung.

δ. Der Vergleich enthält an sich keine Novation. Pfandrechte, Bürgschaften bleiben bestehen.

b) Form (31—34).

α. Aus § 782 geht per arg. a. contr. hervor, daß Erfüllungsgeschäfte (s. oben zu a α) im formlosen Vergleiche nur dann abgeschlossen werden, falls für sie die Beobachtung einer besonderen Form nicht vorgeschrieben ist. Dagegen kann die Verpflichtung zur Vornahme einer objektiven Rechtsänderung, für welche schriftliche oder notarielle Form vorgeschrieben ist, in einem formlosen Vergleich insoweit übernommen werden, als solche Verträge im allgemeinen formlos gültig sind (Einzelnes 32).

β. Perfekt wird auch der vor Gericht geschlossene Vergleich schon durch die Erklärung. Die dingliche Einigung aus § 873 kann im gerichtlichen Vergleich erfolgen, nicht aber die Eigentumsübertragung nach § 925.

Bildet ein in den Vergleich bezogenes Rechtsgeschäft auch wirklich einen Bestandteil des Vergleichs? (§ 794 Ziff. 1 ZPO.) Nein! Alles, was vereinbart ist, muß zur Beseitigung des Streites oder der Ungewißheit dienen. Gelegentliche Abmachungen erfordern die für das spezielle Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form.

c) Gegenstand (34/5) des Vergleichs können auch dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Verhältnisse sein. Der Vergleich ist aber in allen Fällen obligatorischer Natur. Entzogen ist ihm das Gebiet der zwingenden Vorschriften.

d) Wirksamkeit (35/6).

α. Der Irrtum des § 779 muß sich auf das unstreitige Sachverhältnis beziehen; bezieht er sich auf den Streitpunkt selbst, so ist dies unerheblich. — Die Unwirksamkeit tritt nicht ein, wenn nur eine Partei über einen von ihr als feststehend erachteten Punkt im Irrtume war.

β. Von den allgemeinen Vorschriften kommen insbes. §§ 154, 155 in Betracht.

e) Anfechtbarkeit des Vergleichs (36/8).

Anfechtbarkeit wegen Irrtums nach §§ 119—121. — Erachtet eine Partei eine Tatsache für feststehend, ohne dies zu erklären, so liegt Irrtum im Motive vor. — Zu § 119 Abs. 2 liegt der Irrtum über Eigenschaften außerhalb des Streitpunkts, so kann zwar nicht der Vergleich, wohl aber das ursprüngliche Rechtsgeschäft angefochten werden (Beispiele a. a. O.). Anfechtbarkeit ferner nach § 123 (38).

2. Aus der Rechtsprechung. S. JDR. **2** § 779 Ziff. 7.

a) OLG. Colmar, R. **04** 193 Nr. 900: Der Tatbestand des § 779 ist ein anderer als derjenige des § 123, weil es bei jenem nicht auf arglistige Täuschung, sondern vielmehr die nackte Tatsache der Unrichtigkeit des dem Vergleiche zugrunde liegenden Sachverhalts ankommt. Deshalb vermag die Erhebung der Klage mit dem Antrage, einen Vergleich wegen Unrichtigkeit im Sinne des § 779 für unwirksam zu erklären, die Anfechtungserklärung aus §§ 123, 124 nicht zu ersetzen.

b) **RG.** R. **04** 576 Nr. 2477: Es genügt tatsächliches Nachgeben. Zu dem „Sachverhalt" gehört nicht der Rechtssatz, nach welchem der Streit zu entscheiden und die Unsicherheit zu beseitigen gewesen sein würde.

c) OLG. **8** 85, R. **04** 166 Nr. 752 (Königsberg): Ist ein Vergleich geschlossen, so ist der Streit insoweit beseitigt, für eine Entscheidung durch Schiedsrichter daher kein Raum. Haben die Parteien auch zuerst schiedsrichterliche Entscheidung vereinbart, so sind sie doch nicht behindert, die Erledigung von Streitigkeiten selbst in die Hand zu nehmen.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 51: Handelt es sich nur um die Höhe der Entschädigung, so kann von einem Streite über ein Rechtsverhältnis nicht gesprochen werden.

e) **RG.** JW. **03** Beil. 100—101 — JDR. **2** zu § 779 Ziff. 7a — s. auch ZBlFrG. **4** 332/3.

f) OLG. **6** 8 ff. (Karlsruhe) — JDR. **2** zu § 779 Ziff. 7b — s. jetzt auch BadRpr. **04** 321/2.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Noch immer hat sich dieser Titel des hervorragenden Interesses der Wissenschaft zu erfreuen. In Übereinstimmung mit ihr nimmt es die Rechtsprechung mit dem „abstrakten" Charakter der Rechtsgeschäfte nicht leicht. — Fast jede zu § 780 mitgeteilte Entscheidung behandelt einen typischen Fall, wie er jeden Augenblick im Rechtsleben sich wiederholen kann.

Literatur: Kockerols, Vollstreckbare Kredithypothek, DNotVZ. **4** 354—358. — Stampe, Causa und abstrakte Geschäfte, Goldschmidts Z. **55** 387 ff. — Wienstein, Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Rechte, Gruchots Beitr. **48** 477 ff.

Zu §§ 780 ff. 1. Dogmatisches. S. JDR. **2** zu §§ 780 ff.

Wienstein: Die Fähigkeit, abstrakt zu wollen, gibt es nicht. Es fragt sich nur, ob die Rechtsordnung gewisse Rechtsgeschäfte so behandelt, als ob abstrakt gewollt sei. Darunter versteht man dasjenige, welches allein infolge des darauf gerichteten Ausdrucks, ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis, — Grundgeschäft (Crome) — Rechtswirkungen erzeugt; so daß also eine bestimmte Form statt der causa gilt oder sogar der formlos ausgedrückte abstrakte Verpflichtungswille rechtswirksam ist. — Er prüft verschiedene Anwendungsfälle (Anweisung, Vollmacht, HGB. § 363, §§ 780—783) und meint: es ist bei jedem einzelnen Rechtsgeschäfte zu untersuchen, inwieweit es abstrakt ist. Die Frage, ob es ein abstraktes Geschäft in dem Sinne, daß es vom Grundgeschäfte vollständig gelöst wäre, im Gebiete der Schuldverhältnisse gibt, ist zu verneinen. Von der Willensauslegung hängt die Entscheidung der Frage ab, ob die sog. abstrakten Geschäfte — abgesehen von der Vollmacht und der Anweisung, die hier ihrem Begriffe nach ausscheiden, — als Bestärkung des Schuldgrundes bzw. als neuer Schuldgrund im Sinne des constitutum debiti proprii, soweit dieses ohne normierende Wirkung abgeschlossen wurde, zu gelten haben. Auch da, wo eine Bezugnahme auf das Grundgeschäft fehlt, ist regelmäßig die Annahme gerechtfertigt, daß auf die gegen das Grundgeschäft bestehenden Einreden habe verzichtet werden sollen. Folgende unterscheidenden Merkmale lassen sich aufstellen (485):

a) Abstrakte Wirkung der Einigung im Sachenrechte.

b) Bei Schuldverhältnissen:

α. Ausschluß aller Einwendungen (angenommene Anweisung).

β. Schutz des gutgläubigen Dritten (Wechsel, kaufmännische Verpflichtungsscheine, Grundschuld, Inhaber-Schuldverschreibungen, Geschäftsabschluß mit einem Bevollmächtigten).

γ. Wirkung des Rechtsgeschäfts als besonderer Verpflichtungsgrund (Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis).

2. *Stampe, a. a. O., besonders 411—414, 399 ff.: Die Einsicht in das Wesen der abstrakten Schuldverträge wird durch die Erkenntnis gefördert, a) daß die abstrakten Geschäfte niemals selbständige Güterschiebungstypen (causae) sind, sondern stets unselbständige Hilfsgeschäfte, welche namentlich bald als Sicherungsgeschäfte oder als Erfüllungsgeschäfte einer einzelnen Güterschiebung funktionieren, wie z. B. das gewöhnliche Schuldanerkenntnis, oder die gewöhnliche Tradition; bald der vereinfachten, gleichzeitigen Abwickelung mehrerer Güterschiebungen dienen, wie z. B. das Anweisungsakzept oder das Saldoanerkenntnis bei der Skontration; b) daß das Prinzip des Erwerbsschutzes es ist, das (sowie die Rechtssätze über den gutgläubigen Erwerb auch) die abstrakten Geschäfte erzeugt; und daß das Maß der Abstraktion sehr verschieden ist und von den rechtspolitischen Sonderaufgaben abhängt, welche den einzelnen Gruppen der abstrakten Geschäfte zufallen.

3. *Kockerols: Durch Offenlegung des Schuldgrundes verliert das abstrakte Schuldversprechen an sich seinen Charakter noch nicht; es kommt dabei auf den Parteiwillen an. Auch in derselben Urkunde können Schuldgrund und abstraktes Schuldversprechen vereinigt werden, ähnlich wie ein Depotwechsel zur Sicherheit eines kausalen Schuldverhältnisses gegeben werden kann. Bei Verbindung von abstrakten Schuldversprechen mit Kredithypothek entsteht keine Eigentümergrundschuld, wenn die Hypothek für das Schuldversprechen bestellt ist und die Rückzahlungen auf den gewährten Kredit und nicht auf das Schuldversprechen erfolgen.

4. *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 120, 121: Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis sind als Verträge (vgl. zu § 158 BGB.) nicht bedingungsfeindlich. Werden ihnen jedoch der causa entnommene Bedingungen hinzugefügt, so hören sie auf, abstrakte Verträge zu sein.

§ 780. 1. **RG. 58** 200 ff.: Die Formvorschrift des § 780 bezieht sich auf jeden Vertrag, durch den unter Loslösung von dem materiellen Zusammenhange irgend eine „Leistung“ versprochen wird, und die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Gläubigers ist eine „Leistung“ wie jede andere. — Gleichwohl wird die Anwendung des § 780 als rechtsirrig bezeichnet, weil die Absicht der Kontrahenten, daß das Versprechen der Schuldentilgung losgelöst von seinem Rechtsgrunde die entsprechende Verbindlichkeit begründen solle, nicht hervorgetreten sei.

2. BayObLG. **4** 774 ff., insbes. 781, führt zum Begriffe des selbständigen Schuldversprechens (aus Anlaß eines gemeinrechtlichen Falles) aus: Ein selbständiges Schuldversprechen kann auch in der Weise erteilt werden und wird sehr häufig so erteilt, daß der sich Verpflichtende bekennt, ein Darlehn empfangen zu haben, das ihm in Wirklichkeit nicht gegeben worden ist und nicht gegeben werden sollte; er drückt damit den Willen aus, sich so zum Schuldner zu machen, wie es durch den Empfang eines Darlehns von dem angegebenen Betrage geschehen sein würde. Daß ein derartiges schriftliches Schuldbekenntnis in diesem Sinne ausgestellt worden ist, muß beweisen, wer sich darauf beruft (§ 415 ZPO.!). — In gleichem Sinne ebenda **5** 335. Es geschieht häufig im Verkehr, daß unter der Bezeichnung als „Anlehensschuld“ ein selbständiges Schuldversprechen erteilt wird, um dem Empfänger eine Forderung zu verschaffen, durch deren Verwertung er sich Geld beschaffen kann.

3. KGJ. **26** A 278 ff., R. **04** 105 Nr. 466 (KG.): Ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 ist eine rechtsbegründende Tatsache, welche die Ursachen der Entstehung der Forderung bildet, also des Grundes der Forderung und gemäß als Bezeichnung für die Eintragung der Forderungen bei einer Hypothek.

4. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 232, R. **04** 529 Nr. 2233: Ein kumulatives Schuldversprechen bedarf in jedem Falle der Schriftform; denn bei einem kumulativen Schuldversprechen handelt es sich entweder um eine Bürgschaftsübernahme (§ 766), oder es handelt sich um ein der Bürgschaftsübernahme in allen wesentlichen Punkten so ähnliches Rechtsgeschäft, daß außer dieser der § 766 analog anzuwenden ist (vgl. **RG. 51** 120 ff.).

5. OLG. **9** 7/8 (Dresden): Kein abstraktes Schuldversprechen im Falle eines nach Benennung eines Kauflustigen abgegebenen Zahlungsversprechens, s. o. zu § 652. —

6. OLG. Dresden, SächsA. **14** 257, R. **04** 503 Nr. 2098 (s. a. o. zu § 687): Das Erbitten und Zugestehen einer Stundung kann als Abschluß eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses nicht angesehen werden.

7. Landsberg, PosMschr. **03** 19: Grundsätzlich bindet das mündliche Mitgiftversprechen. § 780 findet keine Anwendung.

§ 781. 1. Lotmar, Arbeitsvertrag 156 ff.: Auch die vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgende Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses, das als zwischen ihnen bestehend vorausgesetzt wird, kann eine im Geben bestehende Vergütung bei einem Arbeitsvertrage bilden. Sowohl mit der Anerkennung, Schuldner des Arbeitnehmers, als auch mit der, nicht sein Gläubiger zu sein, macht ihm der Arbeitgeber eine Leistung, die die Arbeit zu entgelten vermag (vgl. § 812). Ebenso verhält es sich mit dem entgeltlichen Erlaß für die geleistete Arbeit (§ 397). Allein solche Arbeitsverträge, in denen Anerkennung oder Erlaß als Vergütung auftreten, werden von Juristen als Anerkennungs- oder Erlaßverträge und nicht als Arbeitsverträge angesprochen.

2. AG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 100: Unter dem „vertragsmäßigen Anerkenntnis" des § 222 ist ein solches im Sinne des § 781 zu verstehen. S. a. o. zu § 222 Ziff. 1.

3. OLG. **9** 35 (KG.): Durch die schriftliche Abgabe der Erklärung eines Mietsschuldners „Ich zahle vorstehende Miete nicht an X. (den Zedenten), sondern an B. (den Zessionar)" verpflichtet sich der Erklärende dem Zessionar gegenüber unmittelbar zur Zahlung. Er kann dem Zessionar gegenüber nicht einwenden, daß nicht er, sondern seine Frau hafte. Sein Anerkenntnis bindet ihn jedenfalls (§ 405) und macht ihn neben dem eigentlichen Schuldner haftbar.

4. Über die Bedeutung einer schriftlichen Hypothekenbestellungserklärung und Eintragungsbewilligung für ein Darlehen als Schuldanerkenntnis und für die Beweislast beim Darlehen s. o. zu § 607 Ziff. III 3.

5. OLG. Stuttgart, Württ. **16** 178 ff.: Entstehung eines Schuldanerkenntnisses auf dem Wege des § 607 Abs. 2, s. o. zu § 607 Ziff. II 2.

6. Über das abstrakte dingliche Schuldversprechen bei einer Damno-Grundschuld s. o. zu § 607 Ziff. II 4.

§ 782. **RG.** JW. **03** Beil. 100 — JDR. **2** zu § 782 Ziff. 4 — s. auch ZBlFrG. **4** 332/3.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

Vorbemerkung: Eine eingehende Darstellung des Rechtes der Anweisung enthält die Abhandlung v. Thurs. Aus der Judikatur ist Bemerkenswertes nicht zu erwähnen. Nur die zu § 783 Ziff. 2 erwähnte Entscheidung, welche bereits in JDR. **2** abgedruckt ist, enthält zutreffende Ausführungen über die mündlich verabredeten Anweisungen.

Literatur: v. Thur, Zur Lehre von der Anweisung, Iherings J. **48** 1 ff.

§ 783. 1. *v. Thur führt aus: Anweisung auf Schuld und Inkassovollmacht sind nicht identisch: denn der Schuldner muß an den Bevoll-

mächtigten zahlen, kann aber Zahlung an den Assignatar verweigern (§ 787 II). Zahlung an den Bevollmächtigten ist Erfüllung, Zahlung an den Assignatar ist ein Surrogat der Erfüllung (§ 787 II), analog der Hingabe an Zahlungsstatt. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen Anweisung auf Schuld und Inkassovollmacht ist in der Fassung der Urkunde zu suchen: bei kausaler Fassung (Hinweis auf die Schuld) ist Vollmacht, bei abstrakter Fassung ist Anweisung anzunehmen. Der Angewiesene ist Geschäftsführer des Anweisenden, nicht kraft Verpflichtung (wie der Mandatar), sondern kraft Gestattung; er zahlt, wie der Mandatar und negot. gestor, auf Rechnung des Anweisenden. Trotz § 791 handelt der Angewiesene vorsichtig, wenn er bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Assignatars Zahlung verweigert. Ebenso darf der Angewiesene nicht zahlen, wenn der Assignatar in Konkurs verfallen ist; desgleichen, wenn über dem Anweisenden Konkurs ausbricht (KO. § 23 ist analog anzuwenden). Für den Assignatar ist die Leistung des Angewiesenen eine Zuwendung von seiten des Anweisenden, die Anweisung eine (übertragbare, § 792) Aussicht, diese Zuwendung zu erhalten, aber noch kein Recht. Darum ist die nicht akzeptierte Anweisung nicht pfändbar und gehört nicht zur Konkursmasse des Assignatars. Die Anweisung ist stets widerruflich (§ 790), weil sie eine Gestaltung der Geschäftsführung ist. Die Inkassovollmacht kann unwiderruflich sein (§ 168), weil durch sie ein Teil der Befugnisse des Gläubigers übertragen wird. Das Eigentum erwirbt der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber, ausnahmsweise für sich selbst (durch autorizierte brevi manu trad.); der Assignatar erwirbt Eigentum für sich selbst, ausnahmsweise für den Anweisenden (durch autoriziertes const. poss.).

2. OLG. **8** 85 (Frankfurt). Über mündliche Anweisungen vgl. IDR. **2** § 783 Ziff. 2 und unten § 807 Ziff. 3.

3. Hoffmann (Bericht von Kaufmann), R. **04** 568: Der Check ist juristisch Anweisung. Die Bestimmungen des BGB. in §§ 783 ff. erschöpfen jedoch das Wesen des Checks nicht. Die Bestimmung des § 787 Abs. 2 entspricht den Bedürfnissen des Checkverkehrs nicht. Vgl. IDR. **2** § 783 Ziff. 5.

4. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 62: Der gezogene Wechsel enthält der Form nach eine Anweisung.

§ 784. *v. Thur: Der Angewiesene kann aus einem indebitum in seinem Deckungsverhältnis eine Einrede gegen den Assignatar erheben, wenn dieser die Anweisung unentgeltlich, d. h. donandi causa, als Inkassomandatar oder indebite, vom Anweisenden erhalten hat; ebenso, wenn die Anweisung zur Zahlung einer Spielschuld des Anweisenden an den Assignatar dienen soll. Umgekehrt kann der Angewiesene, wenn er die Anweisung akzeptiert, um damit eine Spielschuld an den Anweisenden zu zahlen, eine Einrede gegen den Assignatar dann, aber auch nur dann, erheben, wenn dieser die Anweisung unentgeltlich im oben bezeichneten Sinne erworben hat.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Vorbemerkungen: Grundlegende Werke über das Recht der Inhaberschuldverschreibungen sind, wie im Vorjahre, so auch im Berichtsjahre nicht zu verzeichnen. Dagegen behandeln einzelne Fragen die im nachstehenden angeführten Abhandlungen und Aufsätze. Unter den mitgeteilten Entscheidungen verdient das vom OLG. Hamburg erlassene, vom RG. bestätigte Erkenntnis vor allem Beachtung, welches die Rechtsgültigkeit der auf den Inhaber lautenden Lagerscheine ausspricht. Die dem Urteile beigegebene interessante Begründung ist daher ausführlich wiedergegeben worden.

Literatur: Oertmann, Leistung an den geschäftsunfähigen Präsentanten eines Inhaberpapiers, DJZ **04** 1127. — Reichhelm, Lebensversicherungspolizen und Aufgebotsverfahren, PosMschr. **04** 85. — Seelmann, Das Straßenbahnbillet, AbürgR. **25** 186 ff.

§ 793. 1. Oertmann, DJZ. **04** 1127; vgl. Gierke DJZ. **05** 92. Theoretisch möglich ist, daß eine Leistung auf eine Schuldverschreibung an einen Geschäftsunfähigen erfolgt. Tatsächlich vollzieht sich die „Leistung" des Ausstellers fast ausnahmslos in Form eines Vertrags, insbesondere der Übergabe. Diese aber erfordert nach § 929 ein Einigsein der Parteien über den Eigentumsübergang und somit auch Geschäftsfähigkeit des Gebers wie des Empfängers. Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen und damit der Traditionsakt an ihn ist nichtig (§ 105 BGB.). Der Aussteller des Inhaberpapiers bleibt also Eigentümer der geleisteten Gegenstände, folgerecht aber auch Schuldner des aus dem Papiere Berechtigten, sei dieser nun der geschäftsunfähige Empfänger oder ein Dritter. Ist der Präsentant in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gilt das gleiche, da der vertragsmäßige Leistungsempfang ihm niemals einen rechtlichen Vorteil bringen kann.

2. *Bruno Stern, Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank (Berlin 1904): Die Schuldverschreibungen sind verbriefte Holschulden; auch die Namenobligationen verbriefen Holschulden, nicht Bringschulden (22). — Die Schuldverschreibungsgläubiger — auch die Namenobligationäre und Orderobligationäre — sind regelmäßig nicht Darlehensgläubiger; vielmehr bilden die Schuldverschreibungen ein besonderes Rechtsinstitut. Allerdings entfällt — entgegen Rehm — der Darlehensbegriff nicht schon um deswillen, weil Schuldverschreibungs-Valuta und Schuldverschreibungs-Nennwert verschieden hoch sind (18 f.). — Die von einer Aktiengesellschaft ausgestellten Schuldverschreibungen müssen von den die Gesellschaft nach außen vertretenden Mitgliedern des Vorstandes und zwar von diesen sämtlich gemeinsam unterzeichnet sein, sofern nicht durch das Statut oder durch Beschluß der Generalversammlung etwas anderes bestimmt ist. Die Schuldverschreibungen der Kommanditgesellschaft auf Aktien werden von den Komplementaren unterzeichnet und zwar genügt die Unterschrift eines einzigen Komplementars (16 ff.). — Die im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift genügt bei Order- und Namensschuldverschreibungen nicht (16).

3. OLG. **9** 35 (Hamburg), HansGerZ. **04** Hauptbl. 180: Auf den Inhaber lautende Lagerscheine sind rechtsgültig, auch wenn sie nicht von einer nach HGB. § 363 ermächtigten Anstalt ausgestellt sind.

Das Recht der Inhaberpapiere ist im BGB. §§ 793 ff. für das Gebiet des gesamten bürgerlichen Rechtes geregelt. Die indossablen Verpflichtungsscheine dagegen sind nur für das Gebiet des Handelsrechts zugelassen. Nach dem grundlegenden § 793 BGB. können alle Arten von Leistungen mit Ausnahme der Zahlungen bestimmter Geldsummen von jedermann durch Schuldverschreibungen auf den Inhaber rechtswirksam zugesagt werden, und deshalb kann jedermann sich zur Herausgabe einer in Verwahrung genommenen Sache an den Inhaber eines von ihm darüber ausgestellten Scheines rechtswirksam verpflichten. Es wäre ein unmöglicher Rechtszustand, wenn durch das HGB. diese auf dem ganzen Gebiete des bürgerlichen Rechtes geltende Regel für den Lagerhalter ausgeschlossen wäre und demnach eine solche Verpflichtung zur Herausgabe aufbewahrter Güter an den Inhaber eines Scheines von jedermann übernommen werden könnte, nur nicht von demjenigen, der aus der Aufbewahrung von Gütern ein Gewerbe macht. Das ist denn auch keineswegs im HGB. verfügt. Dieses behandelt die Schuldverschreibungen auf den Inhaber überhaupt nicht, sondern beschäftigt sich ausschließlich mit den an Order lautenden Verpflichtungsscheinen; während das BGB. die Ausstellung von Inhaberpapieren generell gestattet und sie nur für einen Ausnahmefall verbietet, wird umgekehrt im HGB. die Ausstellung der Orderpapiere nur für ganz bestimmte Fälle zugelassen, während sie für alle

übrigen Fälle nicht erlaubt und demnach auch nicht wirksam ist. Diese strengere Behandlung der Orderpapiere erklärt sich aus der durchgreifenden Wirkung, welche der Übergabe der Orderpapiere in bezug auf die Rechte an den durch sie repräsentierten Gegenständen beigemessen wird, und jedenfalls ist diese Verschiedenheit offensichtlich im Gesetze vorhanden, weshalb ihren Konsequenzen nicht ausgewichen werden kann. Diese gehen aber dahin, daß jedermann und so auch der gewerbsmäßige Lagerhalter einen auf den Inhaber lautenden Lagerschein ausstellen darf, weshalb diese Art von Scheinen und so auch der hier streitige rechtsverbindlich sind, während an Order lautende Lagerscheine nur von den staatlich ermächtigten Anstalten ausgestellt werden dürfen und deshalb, wenn sie von anderen Personen ausgegeben werden, der Rechtswirksamkeit entbehren. — ➠ Diese Entscheidung ist aufrecht erhalten durch **RG. 59** 374 ff.; vgl. Behrend, DJZ. **05** 540. ⟵ Red.

§ 799. *Rietsch, Handb. d. Urkundwissenschaft 595, 596: Es gibt eine doppelte Kraftloserklärung, die der Urkunde und die des Inhalts. Hier wird nur die Urkunde kraftlos erklärt, der Inhalt bleibt aufrecht.

§ 807. 1. *Seelmann, AbürgR. **25** 213 ff.: Nicht hierher gehört das Straßenbahnbillet. Das Umsteigebillet ist zwar Wert- aber nicht Inhaberpapier, das einfache Straßenbahnbillet ist nur Beweiszeichen.

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 86: Eine Abonnementskarte fällt nicht unter die Vorschriften der §§ 807 und 808. Abonnementskarten sind lediglich schlichte Beweisurkunden; sie erbringen nur Beweis für das abgeschlossene Abonnement, für den gezahlten Betrag und für die Berechtigung des Abonnenten zum Besuche der Veranstaltungen. Geht eine solche Beweisurkunde verloren, so geht damit nicht auch das zu beweisende Recht verloren, außer wenn etwas anderes vereinbart ist. Der Gläubiger hat sein Recht lediglich anderweit zu beweisen.

3. OLG. Marienwerder, R. **04** 45: Geldmarken, welche ein Gutsbesitzer seinen Arbeitern gibt, mit der Ermächtigung, sie nur bei bestimmt bezeichneten Gewerbetreibenden in Zahlung zu geben, sind nicht Marken im Sinne des § 807 BGB., wohl aber können sie unter die Vorschriften des § 783 BGB. fallen.

Die Voraussetzung für die Anwendung des § 807 BGB. ist, daß die hier bezeichneten Marken jedem Inhaber das Recht auf die Leistung geben, der Kreis der Empfänger also nicht auf bestimmte Personen beschränkt werden kann. Hat aber der Aussteller der Marken bestimmte Gewerbetreibende ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen (wiederholte Einlösung der Marken von ihm) ermächtigt, derartige Marken in Zahlung zu nehmen, so kann darin eine mündliche Anweisung gefunden werden, auf welche die Bestimmungen des BGB. über Anweisungen entsprechend anzuwenden sind, so weit dieses bei dem Mangel der für die Vorschriften des BGB. vorausgesetzten Schriftform möglich ist.

§ 808. 1. *Reichhelm, PosMschr. **04** 85: Die Lebensversicherungspolizen sind meist nach der Form dieser Urkunden gestaltet, sie unterliegen also dem Aufgebotsverfahren. Oft sind aber die Polizen so gestaltet, daß bis zum Tode des Versicherten nur dieser als Gläubiger auftreten kann, und daß erst nach dem Tode des Versicherten die Erben oder der Inhaber Berechtigte sind, also erst dann die latente Natur des Papiers als Legitimationspapier in die Erscheinung tritt. Vorher würde dann nach strenger Wortauslegung das Aufgebotsverfahren nicht zulässig sein; aus praktischen Gründen ist es aber dem Sinne des Gesetzes entsprechend auch schon vor dem Tode des Versicherten zuzulassen. Das Gleiche gilt, wenn die Versicherung an einem bestimmten Kalendertage, unabhängig vom Tode des Versicherten, fällig wird. Ist aber dieser Kalendertag schon eingetreten, so kann ein Legitimationspapier sich nicht mehr

entwickeln, das Aufgebotsverfahren ist dann nicht zulässig, etwaige Bestimmungen des Versicherungsvertrags ändern nichts an der Zulässigkeit.

2. OLG. 8 86, 87 (Oldenburg und Hamburg): Die Polizen der Gothaer Lebensversicherungsbank sind Legitimationspapiere.

3. *Kuhlenbeck, Verhältnis des BGB. zum Entw. eines Reichsges. über den Versicherungsvertrag. ZVersWiss. 4 10—24.

Verf. zählt zunächst die ausdrücklichen den Versicherungsvertrag betr. Vorschriften des BGB. auf, welches der Entw. unberührt läßt, und wendet sich dann zur Erörterung der wichtigsten Normen des Allgem. Teils (Buch I) des BGB., die ergänzendes Recht für den Entw. bilden bzw. durch den Entw. für den Versicherungsvertrag eine sonderrechtliche Ausführung erlangen. Hierher gehören die §§ 320, 273, 274 BGB. Die Polize ist kein Formrequisit, sondern Beweisurkunde; in ihrer Aushändigung ist nach § 31 des Entw. zufolge gesetzlicher Fiktion (§ 31) ein Verzicht auf Vorleistung (der ersten Prämie) zu erblicken. Die beweisurkundliche Bedeutung der Polize kann bis zur Bedeutung einer Legitimationsurkunde gesteigert werden (§ 808 BGB.).

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

Vorbemerkung: Die Lehre von der Vorlegung von Urkunden, besonders im Prozesse, hat durch die Arbeit von Siegel eine eindringliche und den Gegenstand nach allen Seiten hin erschöpfende Darstellung gefunden. Einen Überblick über den Inhalt dieser Schrift gibt der zu § 810 abgedruckte Selbstbericht. Von einem bestimmten Gesichtspunkt aus behandelt die Schrift von Gieseker die in diesem Titel dargestellte Materie. Zur Erläuterung der §§ 809 ff. sind die Entscheidungen des RG. von wesentlicher Bedeutung.

Literatur: Gieseker, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre (1904). — Siegel, Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß. Jena 1904.

Zu §§ 809 ff. **RG. 56** 66 (vgl. oben § 172 u. zu § 409 Ziff. 4): Vorlegen bedeutet die Handlung, wodurch dem anderen der Gegenstand tatsächlich zur Hand oder doch vor Augen gestellt, seiner sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gemacht wird. Die bloße Erwähnung, Inbezugnahme einer Urkunde als einer in Händen des Erklärenden befindlichen ist keine Vorlegung.

§§ 809, 810. *Gieseker a. a. O.: Die Paragraphen stellen eine Durchbrechung des prinzipiellen Schutzes der privaten Geheimsphäre dar. Deshalb sind, wo die vorzulegende Sache bzw. Urkunde Geheimnisse des Besitzers oder eines Dritten enthält, von Rechts wegen die zur Abwehr unnötiger Indiskretionen notwendigen Maßnahmen zu treffen (73 ff., 76, 80 f.). — Als Urkunde gilt alles, was eine Gedankenäußerung oder Niederlegung von Tatsachen enthält: Dokumente, Pläne, Verzeichnisse, Notizen, Briefe, Tagebücher, überhaupt „Papiere", auch gewisse Bilder, Photographien, Phonogramme 2c. Alle diese Objekte fallen bez. ihres Inhalts nicht unter § 809, sondern § 810 (76). Die Editionspflicht von Urkunden erleidet aber zugunsten der Geheimsphäre des Individualberechtigten (der nicht notwendig mit dem Besitzer der Urkunde identisch ist; 78 f., 81) Ausnahmen, so bei Selbstaufzeichnungen (Tagebücher) und vertraulichen Schriftstücken (Geschäfts- und Privatbriefe). Die Ausnahme zessiert aber u. U. bei Geschäftsbüchern und Geschäftsbriefen, HGB. §§ 45—47 (80).

§ 809. S. Siegel zu § 810.

§ 810. 1. *Siegel, Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß, behandelt unter den Vorlegungsgründen auch die §§ 810 und 809.

A. § 810 als Nachfolger des alten Editionsanspruchs des gemeinen Rechtes, der sich seinerseits als Unterart der actio ad exhibendum entwickelt hat, entspricht als materiellrechtliche Norm im wesentlichen dem § 387 Nr. 2 ZPO. a. F., der

nur für die prozessuale Vorlegung gegolten hatte (12—15). Urkunde ist im BGB. im § 810 und sonst ebenso wie in der ZPO. oder auch im StGB. in weitem Sinne als sinnlich wahrnehmbare Verkörperung eines Gedankens in dauernden Zeichen zu verstehen, wenn es sich auch meist um schriftliche Urkunden handelt (16—18). Sie braucht sich nicht an jemanden zu wenden (a. M. Kohler) und bewußt errichtet worden zu sein. Die nach § 810 vorlegungspflichtige Urkunde muß aber stets einen rechtsgeschäftlichen Charakter tragen (18—20).

Der Anspruch aus § 810 verfolgt nur den Zweck der höchstpersönlichen Information des Vorlegungssuchers, dient aber nicht dazu, anderen Personen einen Beweis zu liefern. Der Inhaber der Urkunde muß sie heraussuchen und an den Vorlegungsort schaffen. Die Ausübung der Einsicht geschieht im allgemeinen persönlich durch den Berechtigten. Der Anspruch geht gegen jeden, der die Urkunde besitzt, ohne daß eine weitere rechtliche Beziehung zu dem Besitze nötig wäre. Er entsteht erst durch die Geltendmachung gegenüber dem Inhaber, ist aber vorher auch nicht latent vorhanden. Der Anspruch mit seiner weitgehenden Wirksamkeit, die anderen Einsichtsansprüchen nicht eigen ist, ist eine actio in rem scripta, da der Gegner durch den bloßen Besitz bestimmt wird (21—29).

Für die Haftung des Urkundeninhabers muß man drei Stadien unterscheiden. Im ersten haftet er gar nicht, im zweiten (von der Geltendmachung des Anspruchs an) nur für vorsätzliche Beseitigung (nicht aber gemäß § 276), im dritten (vom Eintritt eines Verzugs bei der Vorlegung an) für jedes Verschulden (29—31).

§ 810 enthält drei Alternativen. Bei der zweiten wichtigsten Beurkundung eines zwischen dem Vorlegungssucher und einem anderen bestehenden Rechtsverhältnisses) ist stets erforderlich und genügend, daß der Vorlegungssucher die eine Partei des beurkundeten Rechtsverhältnisses ist. Wo das nicht der Fall ist, wird häufig das besondere Rechtsverhältnis zum Urkundeninhaber Einsichtsrechte gewähren, wobei man liberal interpretieren muß. Da die Absicht der Errichtung einer gemeinsamen Urkunde nicht vorzuwalten braucht, so fallen auch Handelsbücher mit ihren Eintragungen über Rechtsverhältnisse unter § 810 (34—42). ⇒ Über Geschäftsbücher von Nichtkaufleuten vgl. JDR. **2** § 810 Ziff. 2a. — Red. ⇐

Bei Gesellschaften, mit Ausnahme der stillen Gesellschaft, sind die in den Geschäftsbüchern beurkundeten Geschäfte gemeinsame Geschäfte aller Gesellschafter. Das Recht aus § 810 hat hierbei jeder Erbe des ursprünglich Berechtigten beim Vorliegen eines rechtlichen Interesses (45—49; a. M. Goldschmidt).

Die Urkunde beurkundet auch dann ein „bestehendes Rechtsverhältnis“, wenn dieses abgewickelt, „erledigt“ ist. Es genügt, daß Rechtsverhältnisse überhaupt bestanden haben. Ein Verzicht auf das Recht aus § 810 ist möglich, aber immer nur unter dem Gesichtspunkt eines bestimmten rechtlichen Interesses und nur insoweit, als der Verzichtende die Gewalt über das im Hintergrund stehende Hauptrecht hat und auf dieses überhaupt ein Verzicht zulässig ist (49—54). Nicht zulässig ist eine Übertragung des Anspruchs ohne das Hauptrecht. Mit der Übertragung des letzteren geht die Einsichtsbefugnis als solche mit über, nicht aber immer der konkrete Vorlegungsanspruch. Eine Verjährung der Befugnis als solcher ist ausgeschlossen (54—56).

Unter § 810 fallen wegen des rechtsgeschäftlichen Charakters nicht die lediglich zum Privatgebrauch bestimmten Aufzeichnungen, an denen auch der Aufzeichnende kein Recht aus § 810 hat; wohl aber darf es sich um öffentlichrechtliche Verhältnisse handeln (56—59).

Die Voraussetzungen des § 810, also auch der die Vorlegung begründende Inhalt, müssen bewiesen werden, event. durch Eid (60—62).

Unter § 810 fallen kraft einer dem Bedürfnis entsprechenden analogen Anwendung auch unwirksame Geschäfte, jedoch nur, wenn der die Urkunde Errichtende wenigstens beabsichtigt hat, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben (62—65).

Eine selbständige Voraussetzung des Anspruchs ist das rechtliche Interesse. Es muß bewiesen, nicht nur glaubhaft gemacht werden, jedoch nicht in dem Umfange, wie in dem Prozeß über das das Interesse darstellende Recht (65—69).

B. Der Anspruch aus § 809 ähnelt in Konstruktion und Entstehung dem aus § 810. Er verlangt einen „in Ansehung der (zu besichtigenden) Sache“ bestehenden Anspruch (iudicium directum), im Gegensatze zu § 810, wo das Bestehen eines Rechtsverhältnisses genügt. Bei der zweiten Alternative des § 809 will sich der Vorlegungssucher erst Gewißheit verschaffen, ob ein solcher Anspruch besteht. Es braucht also hierbei nicht voll bewiesen zu werden, daß die zu besichtigende Sache die gesuchte sei oder daß sie diejenigen Eigenschaften habe, von deren Vorhandensein die Existenz des iudicium directum abhängt, während bei § 810 stets der volle Beweis der erforderlichen Eigenschaften der Urkunde notwendig ist (71—75).

Die Voraussetzungen des § 809 müssen aber gleichfalls bewiesen werden, bei der zweiten Alternative also die Wahrscheinlichkeit von dem Bestehen des iudicium directum, die bereits vorhanden sein muß, wenn sich der Vorlegungssucher darüber Gewißheit verschaffen will (75—79).

Der Anspruch ist im Gegensatze zu § 810 nicht jedem Besitzer der Sache gegenüber wirksam, sondern nur demjenigen, dem gegenüber das iudicium directum besteht, ist also je nach dessen Natur dinglich oder obligatorisch, aber keine actio in rem scripta (79—81).

Ein Anspruch in Ansehung der Sache ist bei Urkunden auch der Vorlegungsanspruch des § 810. Es kann daher auch demgemäß der zweiten Alternative des § 809 Vorlegung zur Besichtigung verlangt werden, wenn der Vorlegungssucher sich erst Gewißheit verschaffen will, ob ein Anspruch aus § 810 bezüglich der Urkunde besteht. Man gelangt so zu einem Kombinationsanspruch aus §§ 809 u. 810, der eine große Erweiterung des § 810 bedeutet insofern, als hierbei, da für den Beweis § 809 gilt, die Voraussetzungen des § 810 nicht voll bewiesen zu werden brauchen, sondern nur ihre Wahrscheinlichkeit zu beweisen ist (82—84).

C. Über den bei § 810 erforderlichen Besitz s. Siegel zu §§ 420ff. ZPO.

2. **RG. 56** 112, SeuffA. **59** 442, RheinA. **100** II 85 (vgl. unten Ziff. 3 b): Der im § 810 gebrauchte Ausdruck „Rechtsverhältnis“ könnte zu Zweifeln Anlaß geben, ob die Vorlegung der Handelsbücher für den Beweis einer Zahlung gefordert werden könne, da diese ein Rechtsgeschäft, aber nicht ein Rechtsverhältnis ist. Allein der § 810 ist nicht in dem Sinne auszulegen, daß nur solche Urkunden gemeint sind, die das ganze Rechtsverhältnis umfassend beurkunden; vielmehr genügt die rechtliche Beziehung der Beurkundung auf ein solches.

3. a) BayObLG., R. **04** 552: Ein Recht, von Aufzeichnungen und protokollarischen Vormerkungen eines Gewerbevereins, die dieser anläßlich einer von ihm veranstalteten Maschinenausstellung für den inneren Dienst seiner Angestellten gemacht hat, Einsicht zu nehmen, steht den Ausstellern auch dann nicht zu, wenn ein Angestellter des Vereins auf den Inhalt jener Aufzeichnungen bei seiner Vernehmung als Zeuge Bezug genommen hat.

b) **RG. 56** 112, SeuffA. **59** 442, RheinA. **100** II 85 (vgl. oben Ziff. 2): Der Bürge hat das Recht, für den Beweis der Zahlung des Hauptschuldners Vorlegung der Handelsbücher des Gläubigers zu verlangen.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung ist im Berichtsjahr in ihren grundlegenden Fragen nur in der Schrift von Plessen behandelt worden. Die anderen Schriften befassen sich nur mit einzelnen Fragen. So hat Oertmann (vgl. § 816) die Frage behandelt, ob der Pfändungspfandgläubiger bei Pfändung fremder Sachen dem Eigentümer wegen ungerechtfertigter Bereicherung hafte. Er gelangt, im Gegensatze zur herrschenden Meinung, zu einem verneinenden Ergebnisse. Ferner erörtert Cohn (vgl. zu § 817) die bekannte Frage, ob der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen könne. Er gelangt, für die Regel der Fälle wenigstens, mit Recht zur Bejahung der gestellten Frage, wenngleich seiner Begründung nicht überall zuzustimmen sein wird. Ist auch die Literatur zu dem Kapitel der Kondiktionen nicht zahlreich, so kann auf eine große Zahl zum Teil sehr wertvoller Entscheidungen hingewiesen werden. Eine interessante Frage behandelt das zu § 812 Ziff. 10a abgedruckte Erkenntnis. Von Bedeutung erscheinen die zu § 814 ergangenen Urteile, welche sich mit der Frage beschäftigen, inwieweit die Erfüllung auf verbotene Börsengeschäfte und die Aufrechnung mit rechtsbeständigen Forderungen gegen nichtige Verbindlichkeiten aus Börsengeschäften einen Bereicherungsanspruch gewähren. Eine vollauf zu billigende Entscheidung hat das RG. in bezug auf die Frage gefällt, ob die sog. Schweigegelder (für Nichtanzeige strafbarer Handlungen) einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen. Es kommt danach auf das Motiv an, aus welchem heraus der Täter einen Zeugen zum Schweigen verpflichtete; besondere Beachtung soll die Rücksichtnahme auf die Angehörigen finden, sie zu schützen, kann der Täter das Schweigen eines Zeugen erkaufen. Für künftige Entscheidungen wird stets die Lage des Einzelfalls genau zu erwägen sein.

Literatur: Cohn, Kann der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung fordern? DJZ. **04** 854. — Oertmann, Die Frage der Bereicherungshaftung des Vollstreckungsgläubigers bei Pfändung fremder Sachen, ArchivPr. **96** 1 ff. — Plessen, Die Grundlagen der modernen Kondiktio (Rostocker rechtswissensch. Studien). (Leipzig 1904.)

§ 812. 1. *Plessen: a) Gegenstand des Bereicherungsanspruchs kann jedes Gut von rechtlich oder wirtschaftlich erkennbarem Werte sein (§ 3).

b) Die condictio possessionis (Besitzbereicherungsanspruch) ist gegeben, sobald der Belangte dadurch bereichert ist, daß er auf Kosten eines anderen dessen Besitz ohne rechtlichen Grund innegehabt hat. Der Anspruch geht auf Herausgabe der vorhandenen Bereicherung. Er ist unbeschränkt konkurrenzfähig. Sein Verhältnis zum Besitzschutzanspruche wird von Bruns und v. Mayr teilweise unrichtig dargestellt (§ 4). ➡ Vgl. über die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruchs JDR. **2** § 812 Ziff. 11 — Red. ⬅

c) Unrichtig ist die herrschende Lehre, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung nur durch Vermögensverschiebung entstehen kann (in dem Sinne, daß aus dem Vermögen des Kondizienten etwas in das des Belangten gekommen sein muß. Die Vermögensverschiebung kann sich vielmehr auch im Vermögen des Belangten selbst dadurch vollziehen, daß er ohne rechtlichen Grund eine ihm nicht zukommende Rechtsposition erlangt). Es genügt, daß der Belangte etwas ohne rechtlichen Grund auf Kosten eines anderen hat. Daher ist der nur obligatorisch verpflichtete Schuldner vom Fälligkeitstag an auf Kosten des Gläubigers ungerechtfertigt bereichert, wenn er die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt. Die Entscheidung dieser bestrittenen Frage ist von größter praktischer Bedeutung. Nach der Ansicht des Verfassers müßte z. B. der säumige Schuldner, der nach der Fälligkeit von der geschuldeten Geldsumme Zinsen zieht, diese als „Bereicherungszinsen" an den Gläubiger herauszahlen, selbst wenn er noch nicht in Verzug ist (§ 5).

d) Unter „Leistung" im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 ist jede freiwillige Tätigkeit zu verstehen (§ 5).

e) Eine Bereicherung „auf Kosten" eines anderen liegt vor, wenn dessen Rechtssphäre durch die Bereicherung des Gegners irgendwie beeinträchtigt ist. Daher hat auch der Besitzdiener unter Umständen einen Bereicherungsanspruch.

f) Der Mangel des Rechtsgrundes ist gleichbedeutend mit dem Fehlen von obligatorischen Beziehungen zwischen dem Kondizienten und Belangten, auf Grund derer der Belangte zum Behalten der Bereicherung berechtigt wäre (§ 7).

g) Der Bereicherungsanspruch ist neben anderen Ansprüchen unbeschränkt konkurrenzfähig; die gegenteilige Ansicht v. Mayrs für den Fall des Zusammentreffens von Bereicherungsanspruch und Geschäftsanspruch ist nicht stichhaltig begründet (§ 8). ➞ Vgl. JDR. **2** § 812 Ziff. 11a, oben zu b. — Red. ⟵

2. *Rech, Das Rechtsverhältnis (vgl. o. Lit. zu § 273): a) Der Schuldner, der eine seiner Verpflichtung nicht entsprechende Leistung an den Gläubiger bewirkt hat, kann nach § 273 BGB. die seiner Verpflichtung entsprechende Erfüllung verweigern, bis ihm der Gläubiger das Geleistete zurückerstattet, denn der Erfüllungs- und der Bereicherungsanspruch beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnisse. (62 ff.)

b) Sind auf Grund eines nichtigen Vertrags beiderseitig Leistungen bewirkt worden, so kann gegenüber der einseitigen Rückforderung die Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB. erhoben werden, weil beide Bereicherungsansprüche demselben Rechtsverhältnisse angehören. (65 ff.)

3. OLG. Dresden, SächsA. **14** 389: Mit dem Ausdruck „auf Kosten" soll bezeichnet werden, daß es sich notwendig um die Entziehung eines wirklichen Vermögensbestandteils gehandelt haben muß. Vgl. JDR. **2** § 812 Ziff. 5.

4. a) OLG. **8** 87, SächsA. **14** 381 (Dresden): Handelt es sich um die Leistung einer Nichtschuld, so kann als Empfänger der Leistung nur der vermeintliche Gläubiger angesehen werden, ihm sollte geleistet werden; keinen Unterschied kann es begründen, ob die Leistung an den vermeintlichen Gläubiger persönlich oder auf seine Anweisung hin an einen Dritten bewirkt worden ist. In der Person des Dritten wird dem vermeintlichen Gläubiger geleistet, dieser ist im Rechtssinne der Empfänger der Zahlung. Vgl. JDR. **2** § 812 Ziff. 6.

b) **RG. 56** 387: Wer etwas auf Grund eines nichtigen Vertrags erlangt, hat es ohne rechtlichen Grund erlangt und ist zur Herausgabe verpflichtet. Vgl. JDR. **2** § 812 Ziff. 5a, 6b und c. Vgl. auch unten § 818 Ziff. 1.

c) OLG. Dresden, SächsA. **14** 235: Rückforderung nach § 812 auf Grund eines (wegen Formmangels) nichtigen Versprechens. Vgl. JDR. **2** § 812 Ziff. 5 u. 6.

5. *Klein, HessRspr. **5** 143 f., führt aus, daß im Falle der Unwirksamkeit der Leistung die an sich gültige Zwecksatzung keinen Einfluß ausübt. (Kein Anspruch auf Besserleisten wegen des gültigen Zwecksatzungsgeschäfts.)

6. *Hedemann, Jherings J. **48** 63 ff.; vgl. oben zu § 371: Bloßer Besitz eines Schuldscheins ist nur ausnahmsweise „Bereicherung". Das Recht auf Schuldscheinrückgabe ist daher besonders geregelt im § 371.

7. *Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 80: Die Vorschriften über Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag beziehen sich nur auf private Beziehungen und sind wegen der öffentlich-rechtlichen vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machenden Ansprüche weder für die Zulässigkeit des Verfahrens noch für die materielle Begründung des Anspruchs von Bedeutung.

8. Zu Abs. 2. a) OLG. Stuttgart, R. **04** 529: Zur Entkräftung eines Anerkenntnisses im Wege des Bereicherungsanspruchs ist Nachweis eines Irrtums nicht erforderlich. Sache des Gegners ist es, zu beweisen, daß der Anerkennende bei Abgabe des Anerkenntnisses gewußt hat, daß die Schuld nicht bestehe.

b) OLG. Jena, R. **04** 45: Ein Schuldanerkenntnis ist mit der Bereicherungsklage nicht anzugreifen, wenn die Absicht des Anerkennenden nicht lediglich auf Feststellung einer bestehenden Schuld, sondern zugleich auch auf den Verzicht auf den Einwand gerichtet war, die Schuld sei noch nicht erwachsen.

9. Beweislast.

a) **RG.** R. **04** 552: Zur Begründung des Bereicherungsanspruchs genügt sowohl nach dem BGB. als dem französischen Rechte der Nachweis des Nichtbestehens der nicht erfüllten Verbindlichkeit; der Irrtum wird dann vermutet. War dagegen in der erkennbaren Absicht geleistet worden, daß es bei der Leistung verbleiben sollte, so ist der Konditionsanspruch nach beiden Rechten ausgeschlossen.

*Leonhardt, Beweislast. Beweis des Klägers, daß der bezweckte Erfolg nicht eingetreten (402 ff.).

b) **RG. R. 04** 553: Wenn die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit gegeben sind, als vom Kläger gelieferte Sachen in das Vermögen des Beklagten ohne rechtlichen Grund verwendet worden sind, so ist die Aufstellung des letzteren, daß er hierdurch tatsächlich nicht bereichert sei, eine Einrede wofür er beweispflichtig ist.

10. Aus der Praxis.

a) **RG. 56** 346: Die Klägerin (eine Aktiengesellschaft) hatte einen Teil ihres Betriebs von Berlin nach Mariendorf verlegt, aber die Krankenkassenbeiträge für ihre sämtlichen Arbeiter nach wie vor an die Berliner Ortskrankenkasse entrichtet. Darauf hatte die Aufsichtsbehörde entschieden, daß die Klägerin die in Mariendorf beschäftigten Personen vom Tage der Eröffnung des dortigen Betriebs an bei der Ortskrankenkasse in Mariendorf zu versichern habe. Nachdem hierauf die letztere Kasse die Beiträge nachträglich von der Klägerin eingefordert hatte, verlangte diese von der Beklagten, der Berliner Kasse, Erstattung der an sie gezahlten Beträge. Dem Anspruch ist stattgegeben. Zivilrechtlich liegt eine Klage aus §§ 812 ff. vor. Selbst wenn die Versicherung bei der Beklagten während der Zeit, für welche die streitigen Beträge bezahlt und von der Beklagten die Gegenleistungen gewährt worden sind, tatsächlich fortbestanden hat oder eine Vereinbarung zwischen den Parteien dahin getroffen ist, daß es vorläufig bis zur Entscheidung der Streitfrage durch die zuständige Behörde bei dem bisherigen Zustand in der Weise belassen werden sollte, daß inzwischen die Beiträge an die Beklagte fortbezahlt, die Unterstützungen von dieser fortgeleistet würden, hatte die Klägerin sich nichts von ihren Rechten vergeben. Namentlich hat sie nicht dem Rechte entsagt, für den Fall, daß die zu erwartende Entscheidung der Behörde oder des Gerichts dahin ausfiele, daß der Teilbetrieb in Mariendorf der dortigen Kasse zugehöre und daß demzufolge die letztere Kasse die Beiträge für die fragliche Periode von der Klägerin nachfordere, die an die Beklagte bezahlten Gelder von ihr zurückzufordern. § 814 kommt danach nicht in Anwendung. Wohl aber ist die Rückforderung auf Grund des § 812 berechtigt. Die Beklagte hat den streitigen Geldbetrag durch die Leistung der Klägerin auf deren Kosten — ohne rechtlichen Grund — erlangt. Der Umstand, daß die Beklagte einen annähernd gleichen Betrag aus ihren Kassenmitteln zur Leistung von Unterstützungen verwendet hat, läßt die Bereicherung derselben nicht als ausgeschlossen oder nachträglich weggefallen (§ 818 Abs. 3) erscheinen; diese Bedeutung kommt aber auch dem weiteren Umstande nicht zu, daß es Arbeiter der Klägerin waren, denen jene Unterstützungen zugeflossen sind und daß die Beklagte die Aufwendungen gemacht hat in der Annahme oder der Voraussetzung einer für sie hierzu bestehenden Verpflichtung. Der Beklagten ist die Mariendorfer Kasse erstattungspflichtig. Nicht aber kann die Beklagte die Klägerin, welche nunmehr die Bei-

träge doppelt, und zwar an die Mariendorfer Kasse aus bestehendem rechtlichen Grunde, bezahlt hat, mit ihrer Ersatzforderung an die letztere Kasse verweisen oder derselben entgegengehalten, daß sie, die Beklagte, durch die Leistungen der Klägerin nicht mehr bereichert sei.

b) Bereicherungsanspruch aus Vollstreckungshandlungen.

α. **RG. 56** 70: Der Mangel eines vollstreckungsfähigen Schuldtitels kann von demjenigen, gegen welchen die Zwangsvollstreckung stattgefunden hat, auch im Wege der Klage gemäß § 812 geltend gemacht werden. Der Vollstreckende würde das, was er durch die Vollstreckungshandlung erlangt hat, ohne rechtlichen Grund besitzen.

β. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 163: Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt vor, wenn der Gläubiger auf Grund eines Schuldtitels vollstreckt, nach dessen Erlaß er dem Schuldner Stundung gewährt hat. Hierin liegt zugleich eine nach § 823 zum Schadensersatze verpflichtende Handlung, da der Gläubiger in die Vermögenssphäre des Schuldners eingegriffen hat.

γ. OLG. **9** 15 (Dresden): Der Nießbraucher eines Grundstücks, welcher das Recht hat, die Mietzinsen zu ziehen, hat gegen denjenigen, welcher infolge eines Pfändungsbeschlusses die Mietzinsforderungen des Eigentümers gepfändet hat, die Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung.

c) OLG. Marienwerder, R. **04** 553: Hat ein Gläubiger eine nach § 850 Nr. 3 ZPO. unpfändbare Forderung seines Schuldners gepfändet und hat der Drittschuldner auf Grund des bis dahin nicht angefochtenen Pfändungsbeschlusses den Gläubiger befriedigt, so hat der Schuldner keinen Anspruch auf Zahlung des von dem Drittschuldner bezahlten Betrags gegen den Gläubiger aus der Bereicherung desselben, wenngleich die Voraussetzungen für die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses vorliegen. Solange der Pfändungsbeschluß nicht durch das dazu allein zuständige Vollstreckungsgericht aufgehoben ist, ist er rechtswirksam. Er war nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Der vor Aufhebung des Pfändungsbeschlusses befriedigte Gläubiger hat daher seine Befriedigung nicht ohne rechtlichen Grund erhalten.

d) **RG**. R. **04** 602: Dem Grundstückskäufer, der eine für einen Dritten auf dem Grundstücke lastende Hypothek nicht gekannt und nicht übernommen hat, steht in der Regel eine Löschungsklage auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gegen diesen Dritten nicht zu.

e) **RG**. R. **04** 361: Der zu Unrecht an erster Stelle Eingetragene hat die Voreintragung nicht ohne rechtlichen Grund und nicht auf Kosten des zu Unrecht Nacheingetragenen erlangt, selbst wenn er von dem früheren Eingange der Eintragungsbewilligung für den Nacheingetragenen Kenntnis hatte.

f) OLG. **8** 88 (Hamburg): Es kann nicht als allgemeiner Grundsatz anerkannt werden, daß durch Ausbesserung und Erneuerung einzelner durch Kollision beschädigter Teile eines Schiffes das Schiff als Ganzes eine Verbesserung erfährt, und folglich ist auch nicht zu vermuten, daß durch Ersatz des Betrags, der für die Reparatur aufzuwenden gewesen wäre, der Reeder bereichert wird. Waren die beschädigten Teile noch vollständig gesund, so stellt auch der Ersatz des für die Erneuerung gewährten Betrags keine Bereicherung dar. Sache des Beklagten wäre es gewesen, einzuwenden und nachzuweisen, daß eine Verbesserung eingetreten ist oder eingetreten wäre, woraus auf Bereicherung zu schließen wäre.

g) LG. Offenburg, BadRpr. **04** 65: Wer einem Vereine beitritt, welcher den Hinterbliebenen seiner Mitglieder ein Benefizium zahlt, kann, wenn er aus dem Verein ausgeschlossen wird, nicht die Zurückerstattung der gezahlten Beiträge fordern. Der Verein ist nicht dadurch bereichert, daß er ohne die Gegenleistungen, das Benefizium, bewirken zu müssen, durch Einzug der Beiträge einen Wert an

Leistungen erhalten hat. In der Erlangung der Mitgliedschaft besteht der mit der Beitragsleistung erstrebte Erfolg. Ist dieser erreicht, so fehlt es an einer Voraussetzung des § 812.

h) OLG. Dresden, SächsA. **14** 389: Die Leistung von Diensten in Ermangelung eines Rechtsgrundes kann eine Klage auf Herauszahlung ihres Wertes rechtfertigen.

i) **RG. 56** 184, JW. **04** 72: Erhebt ein Beteiligter im Kaufgelderbelegungstermine Widerspruch gegen die Verteilung des Erlöses an nachstehende Hypothekare, reicht er aber binnen der Frist eines Monats die nach § 878 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebene Klage nicht ein, so kann er keine Bereicherungsklage mehr gegen die nachstehenden Berechtigten erheben, welchen nach Ablauf der Frist der hinterlegte Betrag ausgezahlt ist.

k) **RG.** JW. **04** 105, Gruchots Beitr. **48** 117, HoldheimsMSchr. **04** 74: Geschäfte gegen § 50 Börsengeś. sind nichtig. Das in Unkenntnis der Nichtigkeit, wenn auch auf Grund Saldoanerkennung Gezahlte kann kondiziert werden. Zweifel an dem Bestehen einer Verpflichtung stehen der Kenntnis der Nichtverpflichtung nicht gleich. Unkenntnis der Nichtverpflichtung liegt auch dann vor, wenn der Zahlende zwar die Unverbindlichkeit infolge § 66 Börsenges., nicht aber die Nichtigkeit infolge § 50 kennt. Die §§ 814, 817 schließen im letzteren Falle die Rückforderung nicht aus; vgl. § 814 Ziff. 1.

l) **RG. 56** 320, JW. **04** 141: Gibt jemand einen Wechsel lediglich als Deckung für einen Spekulationskauf, so hat er, wenn der Kauf nicht zustande kommt, den Anspruch auf Herausgabe des Wechsels ev. auf Wertersatz. Vgl. unten § 826 Ziff. 11a.

§ 813. *W e i g e l i n, Recht zur Aufrechnung 172 ff.; vgl. o. zu §§ 387 ff.: Das trotz Aufrechnungsmöglichkeit Gezahlte kann nicht auf Grund dieser Bestimmung zurückgefordert werden. Dagegen kann eine solche Zahlung wegen Irrtums angefochten und aus diesem Grunde das zu viel Gezahlte zurückgefordert werden.

§ 814. 1. a) **RG.** JW. **04** 407, Holdheims MSchr. **04** 254, SächsA. **14** 571, BankA. **3** 62: Ein nach § 50 Abs. 2 des Börsengesetzes verbotenes Börsentermingeschäft kann nicht im voraus rechtswirksam erfüllt werden; jedoch können im voraus darauf geleistete Zahlungen nicht zurückgefordert werden, wenn später ihre Verrechnung auf das abgewickelte Geschäft genehmigt ist. Das Gesetz verbietet nur die Eingehung, nicht die Erfüllung dieser Geschäfte; daher ist auf letztere nicht § 817, sondern § 814 anwendbar. Vgl. KG., BankA. **3** 47 und Bemerkung der Redaktion 48.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **04** 297, BankA. **3** 79: Die nach § 50 Abs. 1 BörsG. vom Bundesrat untersagten Börsentermingeschäfte sind gleich den durch das Gesetz selbst verbotenen nichtig. Die vertragsmäßige Aufrechnung mit rechtsbeständigen Forderungen gegen nichtige Verbindlichkeiten aus Börsentermingeschäften ist rechtswirksam, wenn der Aufrechnende die Nichtigkeit seiner Verbindlichkeiten aus den Börsentermingeschäften kannte. Hielt er diese aus Irrtum für rechtsgültig, so kann die in der Aufrechnung liegende Erfüllungsleistung nach Maßgabe der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht, verbotene Börsentermingeschäfte zu erfüllen, besteht nicht, insbesondere nicht für Nichtkaufleute.

c) **RG.** SächsA. **14** 57: Eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht, verbotene Börsentermingeschäfte zu erfüllen, besteht nicht; es läuft daher nicht wider die Rücksicht auf den Anstand, die Leistung zurückzufordern, wenn der Leistende demnächst erkennt, daß er aus Irrtum über die Gültigkeit eines solchen Geschäfts erfüllt hat.

2. OLG. 8 89, ElsLothrJZ. 29 358 (Colmar): Eine durch den Konkursverwalter an einen Gläubiger des Gemeinschuldners erfolgte Zahlung bereichert in keinem Falle, mag die Forderung des Gläubigers eine bevorrechtigte sein oder nicht, den letzteren, da in beiden Fällen der Gläubiger das ihm Zukommende erhalten hat, und gibt deshalb auch keinen begründeten Anlaß zu einer Bereicherungsklage. Die vollständige Zahlung der durch die Zwangsvergleichsquote nur teilweise bezahlten Schulden ist nach der Verkehrsauffassung nicht eine Schenkung, sondern eine durch Sitte und Anstand gebotene Pflicht.

§ 816. 1. Oertmann, AzivPr. 96 1 ff.: Die Frage, ob der Pfändungspfandgläubiger bei Pfändung fremder Sachen dem Eigentümer wegen ungerechtfertigter Bereicherung hafte, wird von der herrschenden Meinung allgemein bejaht. Der Verfasser verneint sie. (Vgl. JDR. 1 § 816 Ziff. 2.) Die Frage wäre von vornherein zu verneinen, wenn durch formgerechte Pfändung auch an Sachen Dritter dem Gläubiger ein rechtswirksames Pfandrecht verschafft würde. Denn unter dieser Voraussetzung würde auch die Pfandversteigerung, wenn überhaupt eine Verfügung des Gläubigers, jedenfalls eine befugte, in Ausübung eines vorhandenen Verwertungsrechts vollzogene darstellen; er hätte auf den Erlös einen Rechtsanspruch, und unmöglich könnte er als durch seinen Empfang ohne Rechtsgrund (sine causa) bereichert erscheinen. Verf. unternimmt den Nachweis (18—24), daß durch die Pfändung von Sachen Dritter der Gläubiger kein Pfandrecht erwerbe. Auch dann könnte von einer Haftung nach § 816 Abs. 1 keine Rede sein, wenn der Erwerb des Pfändungsgläubigers nicht auf einer „Verfügung" beruht. Es sind hier die verschiedenen Fälle zu scheiden:

a) Es ist fremdes Geld gepfändet. Alsdann ist in dem Pfändungsakte selbst keine „Verfügung" i. S. des § 816 zu sehen. Eine Verfügung des Pfändungsgläubigers kann nur in der Übertragung des Geldes an einen (gutgläubigen) Erwerber gefunden werden. Das ist die im § 816 erforderte Verfügung eines Nichtberechtigten nur unter der Voraussetzung, daß der Pfändungsgläubiger nicht vorher an dem gepfändeten fremden Gelde Eigentum erworben hatte. Ein solcher Erwerb könnte nur in der Pfändung selbst begründet sein. Aus § 815 Abs. 3 ZPO. ist nicht zu folgern, daß die Wegnahme des Geldes als Übergabe desselben durch den Schuldner an den Gläubiger anzusehen ist. Der Pfändungsgläubiger von Geld ist in der Tat als Nichtberechtigter anzusehen; das noch bei ihm vorhandene Geld kann der Eigentümer vindizieren, das mit den eigenen Beständen des Gläubigers vermischte verbleibt jenem wenigstens zu Miteigentum und ist entsprechend zu behandeln. Verfügt der Gläubiger nachher über das Geld, so ist das eine Verfügung eines Nichtberechtigten i. S. von § 816, und einer Bereicherungshaftung des Gläubigers läßt sich, wenn überhaupt, nur aus dem Gesichtspunkte der fehlenden Bereicherung ausweichen (24—28).

b) Der Gläubiger hat sonstige Sachen außer Geld pfänden lassen. Dann ist die Pfändung als solche keine Verfügung i. S. des § 816; wohl aber stellt sich die Veräußerung als eine solche dar (28—32).

Verf. führt weiter (38 ff.) aus, daß der Pfändungsgläubiger durch den aus den fremden Pfandsachen erzielten Erlös nicht bereichert ist. Die Haftung aus § 816 beschränkt sich auf die aus der Verfügung erlangte reine Vermögensmehrung; sie müßte also wegfallen, falls der Pfändungsgläubiger für den empfangenen Versteigerungserlös seine Forderung verloren hat.

2. AG. Meßkirch, BadRpr. 04 237: Es können nur solche Verfügungen in Betracht kommen, die im Augenblicke der Vornahme selbst schon rechtliche Wirksamkeit gegenüber den Berechtigten besitzen, nicht aber solche, denen erst diese rechtliche Wirksamkeit von einem späteren Zeitpunkt an verliehen wird.

3. OLG. Dresden, SächsA. **14** 228: § 816 findet Anwendung, falls der Eigentümer einer vom Gerichtsvollzieher einem Dritten abgepfändeten Sache nach der Versteigerung und der Aushändigung des Erlöses an den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger von diesem die Herauszahlung des Erlöses auch fordert, wenn sich jener bei dessen Empfang im guten Glauben über das Eigentum seines Schuldners am Pfandstücke befunden hat.

4. OLG. 9 296 (Celle): Der Verwalter im Nachlaßkonkurs eines Mieters, welcher dessen Sachen an einen Dritten ohne Rücksicht auf das Pfandrecht des Vermieters freihändig veräußert, ist insoweit als Nichtberechtigter i. S. des § 816 anzusehen. Der Vermieter kann daher gegen die Konkursmasse, in welche der Erlös geflossen ist, den Anspruch auf Herausgabe geltend machen. Der im § 59 Ziff. 3 KO. vorkommende Ausdruck „rechtlose Bereicherung" umfaßt alle Fälle, welche in den §§ 812—822 BGB. unter dem Titel „ungerechtfertigte Bereicherung" behandelt sind.

§ 817. 1. Kondiktion des Wucherers. Cohn, DJZ. **04** 854 (vgl. JDR. **2** § 817 Ziff. 3) bejaht für die Regelfälle die Frage, ob der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen darf. § 817 macht den Ausschluß der Rückforderung von dem besonders gearteten Zwecke der Leistung abhängig. Der Zweck der Leistung auf seiten des Bewucherten ist, einem augenblicklichen Bedürfnisse zu dienen. Dieser Zweck tritt für den Standpunkt des Wucherers in den Hintergrund. Den Text des § 817 darf man nicht so lesen, daß, weil auf seiten des Empfängers der Tatbestand des § 817 fehle, dieser auch rücksichtlich des Gebers nicht anwendbar sei. Das „gleichfalls" im zweiten Satze nötigt nicht zu der Annahme, daß der erste Satz als eine Voraussetzung des Tatbestandes erscheine. Der Wucherer operiert in der Regel, wenn er leistet, überhaupt nicht mit einem bestimmten Zwecke; der Zweck der Leistung ist für ihn unverbindlich. Der Verstoß gegen die guten Sitten oder das gesetzliche Verbot muß als Zweck der Leistung erscheinen. Soweit der Bewucherte nicht mehr bewuchert ist, haftet er nicht.

2. **RG. 58** 204, JW. **04** 404: Der allgemeine Satz, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliege, wenn nach der Begehung einer strafbaren Handlung der Täter einen Zeugen zum Schweigen bestimme, um vor entehrender Strafe bewahrt zu bleiben, kann nicht gebilligt werden. Freilich ist bei dem sog. Schweigevertrag die Lage des Gebers und des Empfängers nicht notwendig gleich, und es läßt sich nicht sagen, daß, wenn der Empfänger gegen die guten Sitten verstoße, das gleiche für den Geber gelten müsse. Die Lage des einzelnen Falles muß ausschlaggebend sein. Es lassen sich Umstände denken, unter denen es nicht sittlich verwerflich erscheint, wenn der Täter einer strafbaren Handlung sich die Straflosigkeit sichern will, indem er das Schweigen eines Zeugen erkauft. Wenn er es tut, weniger um sich der gesetzlichen Strafe zu entziehen, als um seine Angehörigen vor den schweren Nachteilen zu beschützen, die seine Verurteilung für sie bewirken müßte, so kann, je nach der Art seiner Straftat, die Möglichkeit einer Entschuldigung zugelassen werden. Auf seiten des Empfängers liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn er sich um einer Geldbelohnung willen zur Unterlassung einer Anzeige verpflichtet. Es kann zugegeben werden, daß auch in einem solchen Falle Nebenumstände hinzutreten können, die dem Vertrage die Bedeutung eines Verstoßes gegen die guten Sitten zu nehmen geeignet sind. Vgl. oben § 138 Ziff. 6 I B 1.

3. LG. I Berlin, DJZ. **04** 80: Die Rückforderung des auf Grund eines Wettscheins gezahlten Betrags ist ausgeschlossen, weil beide Parteien durch das Geben und Nehmen des Berechtigungsscheins und des Geldes gegen ein gesetzliches Verbot (§§ 762, 763 BGB.) verstoßen haben. Vgl. die abweichende

Entscheidung des LG. I Berlin, DJZ. **04** 416: § 817 kann deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil der Empfänger eines Gellascheins durch die bloße Inempfangnahme desselben nach den Regeln der sog. notwendigen Teilnahme sich weder einer selbständigen Straftat i. S. des § 286 StGB., noch einer Beihilfe zur Tat des Veranstalters der Ausspielung schuldig macht. Ebensowenig verstößt aber der Empfänger des Gellascheins durch die Annahme desselben seinerseits gegen die guten Sitten. Beides würde nur dann der Fall sein, wenn der Empfänger des Gellascheins bei Kenntnis des unsittlichen Charakters und der Strafbarkeit in bewußtem Zusammenwirken mit dem Veranstalter über den Schein weiter verfügt.

4. OLG. **9** 17 (Kiel): Die paris turpitudo des Leistenden, welche die Rückforderung ausschließt, liegt nur vor, wenn der Zweck seiner Leistung in der Art bestimmt war, daß er durch die Hingabe gegen die guten Sitten verstieß. Sie ist ausgeschlossen, wenn der Verkäufer eines Bordellgrundstücks mit der Auflassung neben der ihm nach dem Vertrag obliegenden Übertragung des Eigentums nicht noch einen besonderen Zweck verfolgt.

5. OLG. **9** 16 (Kiel), vgl. die vorstehende Ziff. 4: Die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts (Kaufgeschäft) hat nicht die Nichtigkeit des zu seiner Erfüllung vorgenommenen Leistungsgeschäfts (Auflassung) zur Folge. Die gegenteilige Auffassung Dernburgs 2 § 379, daß zwingende Rechtsvorschriften ihre Wirkung nicht dadurch verlören, daß die Verpflichtung, welche sie ausschlössen, in die Gestalt einer abstrakten Verbindlichkeit gekleidet wird, widerspricht der im BGB. allgemein durchgeführten rein dinglichen Natur des Leistungsgeschäfts. Ist der Beklagte (Käufer) Eigentümer geworden, so hat er dieses Eigentum doch erhalten als die in einem nichtigen Rechtsgeschäfte bedungene vertragliche Leistung.

§ 818. 1. Zu Abs. 2. **RG. 56** 387, vgl. oben § 812 Ziff. 4 b: Wer zur Herausgabe einer Sache (Grundstück) wegen ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet ist, sie aber veräußert hat, kann nicht auf Wiederbeschaffung und Herausgabe in Anspruch genommen werden, vielmehr haftet er nur auf Werterfatz. Anders wäre es, wenn der Beklagte (Herausgabepflichtige) vertraglich zur Beschaffung des Eigentums an dem Grundstücke verpflichtet würde, oder wenn es sich um den Rücktritt von einer solchen vertraglichen Verpflichtung handelte. Dann käme es darauf an, ob die Unmöglichkeit von ihm verschuldet ist (§§ 351, 353) und die Weiterveräußerung würde, solange ihm der Rückerwerb möglich ist, seine Verpflichtung zur Herausgabe nicht auslösen. Anders ist dies, wenn die Verpflichtung auf ungerechtfertigter Bereicherung beruht. Hier mag — abgesehen vom § 818 Abs. 4 — die Veräußerung, wenn sie in bewußter Verletzung der Herausgabepflicht geschah, ihre besonderen zivilrechtlichen Folgen haben; keinesfalls ist mit ihr der Anspruch auf Herausgabe noch weiter zu vereinigen, weil eben das, was herausgegeben werden soll, im Vermögen des Empfängers nicht mehr vorhanden ist.

2. Zu Abs. 3. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1090: Der Wegfall der Bereicherung an sich, einerlei aus welchem Grunde derselbe eingetreten ist, schließt die Rückforderung aus. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Empfänger die erhaltene Sache derelinquiert oder zerstört hat, wenn er die Sache, z. B. erhaltenes Geld, zu Ausgaben verwendet hat, die er ohne die Leistung nicht gemacht haben würde, wobei es keinen Unterschied begründet, ob er die erhaltenen Geldstücke selbst oder anderes Geld in demselben Betrage zu solchen Ausgaben verwendet, oder ob er die erhaltene Sache erst in Geld umgesetzt und dieses dann in solcher Weise verbraucht hat. Als Grundsatz des BGB. ist deshalb festzuhalten, daß ein Rückforderungsanspruch nur zugestanden wird, wenn der Empfänger nach seiner ganzen Vermögenslage im Augenblicke der Klage noch bereichert ist, wobei

allerdings der Empfänger den Fortfall der Bereicherung darzutun und hinsichtlich der Behauptung, daß im Hinblick auf die erlangten Gegenstände anderweite Ausgaben von ihm gemacht seien, den Kausalzusammenhang beweisen muß.

3. **RG. 56** 383: Beruht die Verpflichtung zur Herausgabe eines Grundstücks auf ungerechtfertigter Bereicherung, so tritt, sobald das Grundstück weiterveräußert und aufgelassen ist, an die Stelle der Herausgabepflicht die zum Wertersatze. Aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung kann die Wiederverschaffung des Grundstücks nicht gefordert werden.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Wie in den Vorjahren, so hat auch im Berichtsjahre die Lehre von den unerlaubten Handlungen den Gegenstand zahlreicher Untersuchungen gebildet; sie ist vor allem aber in der Rechtsprechung, insbesondere wieder vom RG., in zahlreichen Fällen verwertet worden, in denen Lücken im Gesetze die Rechtsverwirklichung zu vereiteln drohten. Die Heranziehung der §§ 823 und 826 in Fragen des gewerblichen und geschäftlichen Lebens, zur Ergänzung des Gesetzes betreffend den unlauteren Wettbewerb u. a. m. ist in derselben Weise, wie in den Vorjahren erfolgt. Im allgemeinen ist ein Bestreben, insbesondere in der Rechtsprechung des RG., bemerkbar, auf den gewonnenen Grundlagen weiter zu bauen, um ein gewisses Gleichmaß zu erzielen. Gerade auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen ist auch das Bestreben der unteren Gerichte erkennbar, sich möglichst an die Judikatur des obersten Gerichtshofs anzuschließen. Hier wird aber besondere Vorsicht am Platze sein; jeder der hier in betracht kommenden Sätze wird genau zu prüfen sein, damit nicht bei der Verschiedenheit der Fälle durch unrichtige Verwertung der Sätze des RG. Fehlsprüche erfolgen. — Unter den theoretischen Untersuchungen steht an der Spitze die treffliche Schrift von Mauzka. Trägers Schrift über den Kausalzusammenhang, die auch zu diesem Abschnitte des BGB. wertvolle Beiträge liefert, ist bis zum nächsten Jahre zurückgestellt worden (vgl. oben Vorbemerkung vor §§ 241 ff.). Die an anderen Stellen schon benutzte Schrift von Hellwig gibt für ein bestimmtes Gebiet interessante Erörterungen. Zu speziellen Fragen liegen gleichfalls zahlreiche beachtenswerte Untersuchungen vor. — Wie schon in der Vorbemerkung im 2. Jahrgang erwähnt ist, hat der Umstand, daß der 25. Titel einzelne Tatbestände enthält, denen eine große Reihe von Gesichtspunkten gemeinsam ist, auch in diesem Jahre wieder Veranlassung gegeben, den einzelnen Bestimmungen eine größere Vorgruppe vorauszuschicken. Hier finden sich daher Erörterungen über Wesen der unerlaubten Handlung, Kausalzusammenhang und Verschulden, Konkurrenz der Ansprüche usw. In einer Reihe von Fällen bedurfte es der Verweisung auf die insbesondere zu den §§ 249 ff., 276 ff. wiedergegebenen Materialien. Theoretische Untersuchungen und Entscheidungen, welche dort bereits enthalten sind, wurden nur dann hier aufgenommen, wenn sie für diesen Titel Beiträge enthielten. Dabei ließ es sich mitunter nicht vermeiden, im Interesse der Vollständigkeit den Wortlaut auch der früheren Zitate beizubehalten.

Was einzelne Fragen anlangt, die eine besondere Beachtung verdienen, so kann wegen der Schadensersatzpflicht im allgemeinen auf die Ausführungen von Mauzka (zu §§ 823 ff. Ziff. 3) verwiesen werden. Die Frage, ob zu den „sonstigen Rechten", welche der § 823 Abs. 1 aufzählt, auch die Forderungsrechte gehören, hat das RG. verneint (§ 823 Ziff. 6 f α). Die entgegengesetzte Ansicht hat Endemann ausgesprochen (§ 823 Ziff. 2a, s. a. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 7). Daß eine Verneinung der Frage nicht unter allen Umständen zutreffend erscheint, lehrt die Entscheidung des OLG. Colmar (§ 823 Ziff. 6 f β). Hier ist der als richtig anzuerkennende Satz ausgesprochen, daß obligatorische Rechte dann von einem Dritten verletzt werden können, wenn der Dritte auf das Recht des Gläubigers einzuwirken imstande ist. Hervorzuheben ist ferner die Entscheidung des RG. (§ 823 Ziff. 4a), in welcher dem Grundeigentümer ein Recht auf Schadensersatz wegen Sachbeschädigung durch Funkenflug gegen eine rheinpreußische Kleinbahn gegeben wird, ohne daß es des Nachweises eines Ver-

schuldens bedarf. Die einzelnen Entscheidungen (Ziff. 8) behandeln wieder eine Reihe interessanter Fälle. — Eine Anzahl wichtiger Entscheidungen liegt zum § 824 vor (vgl. Ziff. 1, 4a). — Der § 826 ist wie früher in zahlreichen Fällen herangezogen worden, in denen es sich um den Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs handelt. Bemerkenswert ist die Entscheidung des RG. (Ziff. 11n), welche die Preisunterbietungen nicht für den guten Sitten zuwider erachtet. Dies ist mit Recht als ein Ausfluß der Gewerbefreiheit betrachtet. — Eine gründliche Erörterung hat der § 829 durch Heinsheimer und Schwartz gefunden. — Der § 833 ist wieder, wie in den Vorjahren, Gegenstand zahlreicher und zum großen Teile auch vortrefflicher Abhandlungen und Entscheidungen gewesen. Die frühere Rechtsprechung des RG. wird allseitig einer strengen Kritik unterzogen. Dabei machen sich gerade bei diesem Paragraphen Reformgedanken in erheblichem Maße bemerkbar. Die schädlichen Folgen, welche die auf dem Prinzip der reinen Kausalhaftung beruhende Bestimmung des § 833 nach sich zieht, werden von einigen bestritten; man meint, durch verständige Auslegung des Gesetzes in jedem Falle eine zutreffende Entscheidung zu erhalten. Die Meinung, daß eine streng wörtliche, weitgehende Auslegung angewandt werden müsse, verliert an Anhängern. Da die Frage, ob eine Änderung des § 833 zu erstreben sei, auf die Tagesordnung des nächsten Deutschen Juristentages gesetzt worden ist, so steht zu erwarten, daß sie noch Gegenstand lebhafter Erörterungen werden wird. Unter den Schriften zum § 833 sind hervorzuheben die Arbeiten von Litten, Stierle, Hagelberg, Kleefeld. Die Entscheidungen bringen im allgemeinen keine erheblich neuen Gesichtspunkte. Es sind bisweilen die einzelnen zur Aburteilung gestellten Fälle selbst mitgeteilt, wenn anzunehmen ist, daß sie für die Anwendung des § 833 überhaupt beizutragen vermögen. Hervorzuheben ist die Entscheidung des OLG. Karlsruhe (Ziff. 7c) über den Begriff des Tierhalters. Besondere Beachtung verdienen die Erkenntnisse (Ziff. 10), welche sich mit der Frage befassen, wann durch ein bestehendes Vertragsverhältnis die Haftung aus § 833 ausgeschlossen werden kann (Fall des Trainers). — Zu § 839 ist die Abhandlung von Oertmann zu erwähnen. Die einzelnen Fälle, in denen Beamte haftbar gemacht sind, bringen zum Teil interessierende Entscheidungen.

Literatur: Bayer, Zuständigkeit für Schadensersatzansprüche wegen unbefugten Weidens, SeuffBl. **04** 153 ff. — Coermann, Posthaftpflicht, SächsA. **14** 550. — Ders., Die Haftpflicht des Absenders im Postverkehr, Gruchots Beitr. **48** 314 ff. — Crome, Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande, DJZ. **04** 14. — Delius, Die Haftpflicht der Beamten unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung, DJZ. **04** 525. — Eger, Die Haftpflicht der Automobile, DJZ. **04** 192. — Endemann, Der Anspruch auf Schadensersatz und die Haftung für Schadensersatz des sogenannten mittelbar beteiligten Dritten, Jahresbericht der Berl. JurGes. **03/04** 46—51. — Fuld, Zur Haftung der Kleinbahnen für ihr Personal, EisenbE. **20** 186. — Franke, Die Haftung des Tierhalters nach § 833,[1] AzivPr. **96** 144. — Gerhard, Gerichtsentscheidungen in Haftpflichtversicherungs-Prozessen, ZVersWiss. **04** 399. — Giesker, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, 1904. — Goetze, Gesetz und Recht **6** 91 f. — Hagelberg, Der Begriff des Tierhalters in §§ 833, 834 BGB. (Berlin 1904.) — Havenstein, Das Züchtigungsrecht der Lehrer, PreußVolksschulArch. **3** 97. — Heinsheimer, Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 des BGB, AzivPr. **95** 234. — Hellbach, Begehung einer unerlaubten Handlung durch Unterlassung, R. **04** 100. — Hellwig, Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. — Die zivilrechtliche Bedeutung der Geschlechtskrankheiten. (Leipzig 1904.) — Hilse, Entschädigungsansprüche betriebsverletzter Telephonistinnen, R. **04** 411. — Ders., Entschädigung der infolge gefahrbringender Beschaffenheit der Diensträume erlittenen Unfälle, PreußVolksschulArch. **3** 115. — Kähler, Die Entschädigung für Strafe in Untersuchungshaft. (Halle 1904.) — Kleefeld, Der Begriff des Tierhalters sowie Grundlage und Umfang der Haftung aus § 833. (Berlin 1904.) — Linckelmann, Zwei Fragen aus dem Gebiete des Schadensersatzrechts, ABürgR **24** 238. — Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs. (Berlin 1904.) — Mauzka, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. (Wien 1904.) — Meyer, Aussperrung von Arbeitern, R. **04** 357. — Nissen, Begehung einer unerlaubten Handlung durch Unterlassung, R. **04** 162.

[1] ➼ Im AzivPr. steht, wohl infolge eines Versehens, § 823. — Red. ⟵

— Oertmann, Zur Frage der Haftung für Tierschäden, DJZ. **04** 136. — Ders., Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen? DJZ. **04** 616. — Ders., Die Haftung der Notare, insbesondere nach bayerischem Rechte, ZBlFrG. **4** 771. — Rabel, Die Haftpflicht des Arztes. (Leipzig 1904.) — Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB. (Halle 1904.) — Stierle, Die Haftung für Tiere. (Stuttgart 1904.) — Wassermann, § 826 BGB. als Waffe gegen unlauteren Wettbewerb, UnlW. **4** 1. — v. Weinrich, Einiges über den Kausalzusammenhang im Haftpflichtsrecht und in der Unfallversicherung, ZVersWiss. **4** 93.

Zu §§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlung.

a) RG. **57** 52 ff., 54, JW. **04** 174, DJZ. **04** 457, EisenbE. **21** 36 und 347 (Verhältnis des 25. Titels zum Haftpflichtgesetz); vgl. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 3a, **2** vor § 823 Ziff. 1, § 840, unten § 845: Das BGB. umfaßt unter den von ihm so bezeichneten „unerlaubten Handlungen" auch einzelne Fälle einer außerkontraktlichen nicht deliktischen Haftung (§§ 829, 833, 835). Mit Rücksicht auf diesen vom bisherigen Sprachgebrauch abweichenden weiteren Begriff der unerlaubten Handlung hat das RG. sich für die Anwendung des § 840 Abs. 3 auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers aus § 1 des HaftpflG. entschieden. Indessen ist damit nicht ausgesprochen, daß alle vom BGB. in dem Titel über unerlaubte Handlungen getroffenen Bestimmungen auch auf das HaftpflG. zu übertragen seien. Dies ist hinsichtlich derjenigen Vorschriften nicht angängig, welche eine von dem Spezialgesetze besonders geregelte Materie betreffen, wie namentlich Art und Umfang des Schadensersatzes. Das HaftpflG. will einen Ersatz nur in bestimmten Grenzen, nicht nach Maßgabe der allgemeinen zivilrechtlichen Normen über Schadensersatz oder im Umfange der Ersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen. So haben §§ 842, 845, 847 im Art. 42 EGBGB. keine Aufnahme gefunden. Vgl. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 324.

b) BayObLG. **4** 20: Eine unerlaubte Handlung liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn nicht nur die Handlung als solche widerrechtlich ist, sondern auch die Verantwortlichkeit des Handelnden in einem bestimmten Verschulden ihren Grund hat.

c) Vgl. zu dem Begriffe der unerlaubten Handlung: Stierle, Die Haftung für Tiere 65 ff.

2. Nichterfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten; vgl. JDR. **2** vor § 823 Ziff. 6.

OLG. Celle, R. **04** 447: Die bloße Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit enthält keine unerlaubte Handlung, vermag aber Schadensersatz zu begründen.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 199: Der § 823 BGB. setzt ein deliktisches Verhalten voraus, das mit der bloßen Nichterfüllung einer Vertragspflicht noch nicht gegeben ist.

3. *Mauzka sucht nach einem gemeinsamen Rechtsgrunde der Schuld- und Erfolghaftung. Auch die Schuldhaftung hat die Schadensverursachung zur Voraussetzung; nichts nötigt, die Schuld als weitere Voraussetzung der Schuldhaftung anzusehen, als bisher. Die Verursachung des Schadens genügt auch bei der Schuldhaftung für die Erklärung der Haftung, es bleibt nur die Frage offen, warum in solchen Fällen die schuldlose Verursachung des Schadens ersatzfrei bleibt. Die Haftung fällt aus einem Gegengrunde weg. Rechtsgrund der Haftung ist die Verursachung, ausnahmsweise fällt die Haftung bei bestimmten schuldlosen Verletzungen fort (13 f.). Der Aufbau des Ersatzrechts ist folgender: Ausgangspunkt sind die menschlichen Interessen. Jeder Schaden, der nicht auf wilde Tiere oder Elementarkräfte zurückzuführen ist, erscheint als Folge einer Interessenkollision. Folgende Formen derselben sind möglich:

a) Ein höheres Interesse verletzt ein minderes.
b) Ein Interesse verletzt ein gleichwertiges.
c) Ein minderes Interesse verletzt ein höheres (38).

Diese Kollisionen sind nach folgenden Normen (Kollisionsnormen) zu regeln:

a) Höheren Interessen müssen minderwertige weichen.

b) Das Unrecht ist zu verhindern, geschehenes Unrecht in seinen Wirkungen wieder aufzuheben.

c) Die Verletzung fremder rechtmäßiger Interessen macht haftbar.

d) Die Haftung fällt weg, wenn sie die Betätigung eines höheren Interesses unmöglich machen oder doch ungebührlich beschränken würde, vorausgesetzt, daß die generelle Betätigung des gefährdeten Interesses durch die Möglichkeit ersatzfreier Verletzung nicht in gleichem Maße leidet (41).

Die Interessen zerfallen mit Rücksicht auf den Schutz, den ihnen die Rechtsordnung zuteil werden läßt, in die rechtmäßigen, die grundsätzlich Schutz finden, und in die rechtlich nicht geschützten oder rechtlosen Interessen. Diese zerfallen in die schutzunwürdigen und unrechtmäßigen Interessen. Die letztgenannten bringen eine schuldlose, fahrlässige oder gewollte Verletzung höherer Interessen mit sich (75 f.).

Die wichtigsten Gegengründe gegen eine Haftung für schuldlose Verletzungen sind zunächst die Furcht vor Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit; ferner gestattet das Nachbarrecht Verletzungen, die das Maß des gewöhnlichen, ortsüblichen nicht übersteigen (§ 906 BGB.); eine Haftung hätte eine unleidliche Beschränkung des Eigentums zur Folge (100 f.).

Die einzelnen Fälle der Haftung.

I. Die Rechtsordnung scheidet aus dem Gesamtgebiete der menschlichen Tätigkeit die für die Frage der Haftung wichtigsten Formen aus und unterwirft sie einer individualisierenden Behandlung. So hat die Rechtsordnung einen Rechtssatz für den Fall aufgestellt, daß das Interesse am Halten von Tieren eine Verletzung fremder Interessen herbeiführt. In diesen Fällen ist es für die Frage der Haftung gleichgültig, ob die Verletzung unvorhersehbar, vorhersehbar oder gewollt war. Vorausgesetzt ist bloß, daß der Schaden unvermeidlich war, wenn nicht auf die schädigende Tätigkeit verzichtet werden sollte. Sonst kollidiert nicht das Interesse an der verletzenden Tätigkeit mit dem verletzten Interesse, sondern das Interesse, die Tätigkeit in schädigender oder gefährdender statt in ungefährlicher Weise vorzunehmen. Hierher gehören pr. EisenbG. v. 1838 § 25, pr. BergG. § 148, BGB. §§ 231, 833, 835, 867, 962, Bestimmungen im landesgesetzlich geregelten Nachbarrecht, ZPO. §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717, 945, HaftpflG. § 1 f., HGB. §§ 431, 458, 485, BinnenSchG. § 3, FlößG. § 22, SeemO. § 75 Abs. 2, StrandO. § 9 Abs. 2, PostG. § 17.

II. Die übrigen Tätigkeiten, die nicht ein für allemal individualisiert sind, werden im Einzelfalle individuell gewertet, wenn sie eine vorhergesehene oder vorhersehbare Verletzung fremder Interessen zur Folge hatten. Ob z. B. im Einzelfalle Notstand vorlag, kann nur aus der Wertung der konkreten gegenüberstehenden Interessen beantwortet werden. Ebenso ist das Interesse, eine unter I bezeichnete Tätigkeit in gefährdender statt in gefahrloser Weise auszuüben, gegenüber dem verletzten Interesse individuell zu werten. Es wird meist eine schuldhafte Verletzung vorliegen, BGB. §§ 904, 823—826, 831 f., 834, 836—838.

III. Ferner gibt es Verletzungen, die nicht aus einer unter I bezeichneten Tätigkeit hervorgingen und zugleich unvorhersehbar und daher schuldlos sind. Die verletzende Tätigkeit gilt als Ausfluß des Interesses an der Bewegungsfreiheit.

IV. Unzurechnungsfähige sollen für alle Verletzungen haften, die sie anrichten. Hier werden keine Formen von Interessen-Betätigung individualisiert, noch das Interesse an der Bewegungsfreiheit berücksichtigt. Juristische Personen sollen für alle Verletzungen haften, die von ihren Organen als solchen Dritten zugefügt werden. Neben dem Verhalten des Organs ist die Verfolgung der Interessen der juristischen Person die Ursache der Verletzung. BGB. §§ 829, 831 (230—236).

4. Kausalzusammenhang (vgl. oben § 249 Ziff. 4 u. 5, JDR. **2** vor § 823 Ziff. 8).

a) *v. Weinrich, ZVersWiss. **4** 96 (vgl. JDR. **2** § 249 Ziff. 3c) stellt für den Kausalzusammenhang bei unerlaubten Handlungen mit der Haftpflicht nachfolgende Leitsätze auf: α. Es ist das direkte Ergebnis eines schädigenden Sichverhaltens, worunter das Tun wie das Unterlassen zu verstehen ist, dem dieses Beobachtenden zur Last zu legen. β. Als solches ist auch die schuldhafte Herbeiführung einer Gefahr anzusehen. Will jemand sich oder einen anderen oder eigenes oder fremdes Gut aus dieser Gefahr befreien und kommt dabei um oder verletzt sich, so hat, wer diese Gefahr geschaffen hat, für den beim Rettungsversuch entstandenen Schaden aufzukommen. γ. Es werden Eigenschaften des Verletzten oder die Beschaffenheit der Verletzung, welche die zugefügte Wunde verschlimmert oder den Tod herbeigeführt haben, dem Täter zugerechnet. δ. Jede Verantwortlichkeit wegen Verschlimmerung des zugefügten Übels entfällt, wenn diese Verschlimmerung die Folge einer vom Täter nicht beeinflußten Handlung oder Unterlassung eines Dritten oder eines unvorhersehbaren Ereignisses ist. Eine Ausnahme bildet § 254 BGB., welcher vom Mitwirken des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens handelt.

b) **RG.** ElsLothrJZ. **29** 646 (oben § 249 Ziff. 1a): Der ursächliche Zusammenhang eines Schadens mit der verursachenden Handlung muß im einzelnen Falle erwiesen werden. Eine Vermutung wie das PreußALR. I. 6 § 25 stellt das BGB. nicht auf. Vgl. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 5b.

5. Verschulden (vgl. oben § 276 Ziff. 1—3, JDR. **2** vor § 823 Ziff. 9); s. auch unten § 826 Ziff. 3.

a) Schuldhaftung oder Erfolghaftung?

α. *Mauzka: Die ganze Anlage sowie die Vorarbeiten zum BGB. lassen keinen Augenblick daran zweifeln, daß man bei der Abfassung des Gesetzes von der Schuldhaftung ausging. Nur mühsam wurde die Anerkennung der Erfolghaftung in den angeführten Fällen erkämpft. Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus bedeutet dies folgendes: Das natürliche Verhältnis ist im BGB. umgekehrt; anstatt die sogenannte Schuldhaftung als das verwickeltere Problem anzusehen und zu sagen, daß die an und für sich durch Verursachung begründete Haftung aus Rücksicht auf die Bewegungsfreiheit wegfällt, wird die Schuld als regelmäßige Voraussetzung für die Haftung betrachtet und nur in wenigen Fällen von ihr abgesehen. Will man zwischen dieser und der hier vertretenen Anschauung die Wahl treffen, so muß man sich folgendes vor Augen halten: Objektive Realität kommt bloß dem Gesetzesinhalte zu. Was sich die Verfasser gedacht haben, mag dann sehr wichtig sein, wenn es sich darum handelt, wie das Gesetz auf einen praktischen Fall angewendet werden soll. Ein anderes aber ist die theoretische Erklärung der Gesetzesbestimmungen und ihre Subsumierung unter höhere Begriffe. In dieser Hinsicht ist die Anschauung der Verfasser bloß von historischem, nicht von dogmatischem Interesse. Gewiß kann man nun die Auffassung vertreten, daß das BGB. von der Schuldhaftung ausgeht und nur in bestimmten Fällen die Erfolghaftung kennt. Das Gesetz bietet aber kein Hindernis, davon auszugehen, daß die Erfolghaftung die Grundlage bildet und

nur im Falle der Schuldlosigkeit des Täters bei vielen Arten der Kollisionen wegfällt. Und daß diese Auffassung die richtige ist, soll die vorstehende Schrift erweisen.

β. **Werner**, Die Schadensersatzpflicht bei Beschädigungen infolge Rechtsüberschreitung R. **04** 330 (vgl. oben § 249 Ziff. 1 b), wendet sich gegen OLG. **7** 29 (Cöln), wo der Satz verteidigt wird, daß eine Schadensersatzpflicht auch ohne Verschulden eintritt. Von bestimmten Sonderfällen abgesehen, ist für die Ersatzpflicht Verschulden erfordert

b) **Hellwig** 41: **Vorsätzlich** ist die Verletzung der Gesundheit durch Übertragung einer Geschlechtskrankheit, wenn der Täter bei der die Übertragung herbeiführenden Handlung oder Unterlassung den schädigenden Erfolg (die Infektion) voraussah, sei es, daß seine Absicht gerade auf die Übertragung gerichtet war, sei es, daß er diese mit in den Kauf nahm, um eine andere Absicht zu erreichen. **Fahrlässig** ist die Übertragung, wenn der sie Verursachende sie zwar nicht vorausgesehen hat, aber bei genügender Aufmerksamkeit hätte voraussehen müssen.

c) **RG. 57** 239, JW. **04** 291: Zum Begriffe des **Vorsatzes** gehört zwar nicht die Absicht der Schädigung, aber es ist begrifflich erforderlich das Bewußtsein, daß die Handlung oder Unterlassung den schädlichen Erfolg haben werde.

Über einen Fall, in welchem der Vorsatz ausgeschlossen war, vgl. **RG.** JW. **04** 202.

d) Über den Begriff der Fahrlässigkeit vgl. oben § 276 Ziff. 1 b (von **Blume**).

Vgl. auch **RG.** SächsA. **14** 622; vgl. oben § 276 Ziff. 2 d δ.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 211: Das BGB. setzt für das Vorhandensein einer fahrlässigen Handlung zwar nicht voraus, daß für den Täter der eingetretene Schaden habe voraussehbar sein müssen, aber es erfordert doch die Voraussehbarkeit der durch seine Handlung eintretenden widerrechtlichen Verletzung eines der im § 823 bezeichneten Rechtsgüter, die Voraussehbarkeit des widerrechtlichen Eingriffs in die fremde Rechtssphäre oder des widerrechtlichen Erfolges; es setzt voraus, daß der Täter bei gehöriger Überlegung die Gefährlichkeit seines Tuns hätte erkennen müssen.

e) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 6: Wer im Augenblicke der Gefahr unter zwei möglich scheinenden Auswegen einen wählt, der schließlich doch nicht zur Rettung führt, verstößt durch diese unrichtige Wahl noch nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Vgl. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 9 e.

f) OLG. **9** 39 (Karlsruhe), vgl. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 6 g: Nicht widerrechtlich ist eine durch Notwehr gebotene Handlung. Während nach § 53 StGB. die Widerrechtlichkeit dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist, so fehlt im § 823 eine derartige Bestimmung. Der Täter ist daher auch in solchem Falle zum Schadensersatze verpflichtet, außer wenn anzunehmen ist, daß ihn keine Fahrlässigkeit bei Überschreitung der Notwehr trifft. In derselben Weise ist dann zu entscheiden, wenn jemand der irrtümlichen Ansicht war, in der Notwehr zu sein; war hier der Irrtum entschuldbar, liegt also keine Fahrlässigkeit vor, so findet keine Verpflichtung zum Schadensersatze statt.

6. KG., KGBl. **04** 9: Unter **Schaden** ist nach der Terminologie des BGB. jeder wirtschaftliche Nachteil zu verstehen. Die Aussperrung eines Arbeiters aus einem Kreise von Betrieben **kann** einen solchen herbeiführen, muß es aber nicht unbedingt tun, z. B. dann nicht, wenn außerhalb des dem Arbeiter verschlossenen Kreises derart Arbeitsgelegenheit vorhanden ist, daß er in

seinem Fache eine seiner früheren Tätigkeit gleich lohnende ohne Verzug finden kann. (Vgl. oben § 249 Ziff. 2 und 7b.)

7. Klagenkonkurrenz. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 8 und 9.

a) *Crome, DJZ. **04** 14 (vgl. oben § 276 Ziff. 3c): Mehrere konkurrierende Ansprüche können jeder selbständig (bis zur höchstmöglichen Befriedigung des Gläubigers) ausgeübt werden. Dies gilt grundsätzlich auch für Vertrags- und Deliktsansprüche aus demselben Tatbestande. Hier wird nicht (wie Cosack, Bürg. Recht § 163 I Ziff. 2c annimmt) der Deliktsanspruch des § 823 Abs. 1 BGB. durch den Kontraktsanspruch absorbiert.

Auf der anderen Seite gibt es auch in vorliegender Beziehung unvereinbare Ansprüche im Einzelfall. Daher kann die versprochene Vertragsausführung unter Umständen auch ein unvorhergesehenes Handeln rechtfertigen, von dem der Handelnde annehmen konnte, daß es dem mutmaßlichen Willen des anderen Vertragsteils entspreche; vgl. §§ 665, 675, 692 BGB. Wird hierbei nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen, so liegt insoweit kein Delikt vor. Es kommt darauf an, ob der Täter nach der gesamten konkreten Sachlage so handeln durfte, wie er getan hat.

b) **RG.** JW. **04** 166: Ein Schadensersatzanspruch kann unter Umständen aus dem Vertrage wie aus einer unerlaubten Handlung begründet werden, wenn nämlich neben den Voraussetzungen für den Vertragsanspruch auch die Merkmale einer unerlaubten Handlung selbständig gegeben sind. Dies trifft nicht zu, wenn der Pächter einer Ratskellerwirtschaft gegen den Verpächter Schadensersatzansprüche erhebt unter der Behauptung, daß er auf der zu dem mitverpachteten Bierkeller führenden Treppe, die sich in schadhaftem und gefahrdrohendem Zustande befunden habe, gestürzt sei und sich dadurch eine körperliche Verletzung zugezogen habe. Die objektive Rechtswidrigkeit des Tuns des Verpächters ist hier lediglich durch den Vertrag begründet; erst dieser legt der Verpächterin die Verpflichtung auf, für die Sicherheit der Kellertreppe im Interesse des Pächters zu sorgen, dem der Verpächter die verpachteten Lokalitäten in brauchbarem und sicherem Zustande während der Pachtzeit fortdauernd zu gewähren hat.

8. Klage auf Unterlassung. Vgl. JDR. **2** vor § 823 Ziff. 11; **RG. 56** 271 ff., 286.

a) Oertmann, DJZ. **04** 616, bekämpft die vom **RG. 48** 114 (JDR. **1** vor § 823 Ziff. 10a) aufgestellte Begründung des Unterlassungsanspruchs. Mit Unrecht hat es die Gewährung eines Rechtes und die Auferlegung einer Pflicht als gleichwertig hingestellt. Die Pflicht setzt als Korrelat eben nur einen Rechtssatz voraus, auf den der dadurch Begünstigte einen Unterlassungsanspruch nicht aufbauen kann; ob ihr ein subjektives Recht, das allein einen solchen rechtfertigte, gegenübersteht, läßt sich aus der bloßen Rechtsnorm keineswegs entnehmen. — Die unerlaubte Handlung kann nur unter denselben Voraussetzungen, wie sie dem Ersatzanspruch im allgemeinen gesetzt sind, einen Unterlassungsanspruch hervorrufen, d. h. in der Regel nur bei schuldhaftem Verhalten des in Anspruch zu Nehmenden. Sind jene gegeben, so erzeugt das Delikt einen Unterlassungsanspruch zwar nicht neben dem Ersatzanspruche, wohl aber möglicherweise im Sinne einer besonderen Erscheinungsform desselben. Das folgt aus dem Prinzip der sog. Naturalherstellung des § 249.

Es ist zu unterscheiden:

α. Die zu unterlassende unerlaubte Handlung liegt bereits abgeschlossen vor. Hier hätte eine Unterlassungsklage keinen Sinn.

β. Die Handlungen gehören allein der Zukunft an. Hier ist von einem Schaden noch nicht die Rede. Der Unterlassungsanspruch wäre hier nicht repressiv wie der Ersatzanspruch, sondern allein präventiv, läßt sich also aus einer unerlaubten

Handlung als rechtsbegründender Tatsache nicht herleiten, sondern allenfalls nur aus einem bereits vorhandenen absoluten Rechte, sofern die Voraussetzungen der §§ 12, 1004 usw. erfüllt sind.

γ. Übrig bleibt ein mittleres Gebiet: die zu unterlassende Handlung gehört der Gegenwart an (z. B. Freiheitsberaubungen, Störungen der Nachbarn durch Bordellbetrieb usw.). Hier ist Schadensersatz im Wege eines Verbots des schädigenden, unzulässigen Dauerverhaltens zu begehren. Die Unterlassung wird hier nicht als solche begehrt, sondern als Mittel zur Beseitigung der eingetretenen Schädigung.

b) Hellbach, R. **04** 100: Der Mensch ist an und für sich seinem Mitmenschen gegenüber zu einem Tun nicht verpflichtet; das Unterlassen eines solchen verstößt deshalb erst dann gegen das Recht, wenn eine Rechtsnorm das Tun befiehlt. — In allen Fällen, in denen durch ein Unterlassen das Recht eines anderen verletzt wird, muß festgestellt werden, daß das geschriebene oder ein Gewohnheitsrecht die unterbliebene Handlung zur Pflicht macht. Vgl. Nissen, R. **04** 162.

c) OLG. Karlsruhe, R. **04** 628: Die „widerrechtliche Verletzung" i. S. des § 823 BGB. kann auch durch eine Unterlassung begangen werden.

9. Beweislast, vgl. JDR. **2** vor § 823 Ziff. 12.

a) OLG. **9** 36, DJZ. **04** 463, MecklZ. **22** 216 (Rostock): Der Kläger welcher Schadensersatz fordert, hat zu beweisen, daß der Beklagte den Unfall verschuldet hat. Diese Beweispflicht geht aber nicht so weit, daß er bis ins einzelne alle Umstände darzulegen hätte, auf die der Unfall ursächlich zurückzuführen ist, und daß er insbesondere auch das Nichtvorliegen solcher Umstände beweisen müßte, auf welche sich der Beklagte beruft, um seine Schuldigkeit daraus herzuleiten. Er tut vielmehr genug, wenn er einen Sachverhalt nachweist, der an sich die Folgerung rechtfertigt, daß der Unfall vom Beklagten verschuldet sei. Wenn demgegenüber der Beklagte geltend macht, daß aus besonderen Umständen seine Schuldlosigkeit folge, so liegt ihm der Beweis dieser Umstände ob (**RG. 12** 190, Bolze **14** Nr. 606a).

b) Beweislast in §§ 823 und 831.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 66: Wer einen Schadensersatzanspruch aus § 823 erhebt, hat den Beweis zu führen, daß derjenige, gegen welchen sich der Anspruch richtet, den Schaden schuldhafterweise angerichtet hat, derjenige, welcher sich auf § 831 beruft, daß die Vorbedingung der Haftung des Geschäftsherrn, das Vorliegen einer schuldhaften Handlung seitens der zu einer Verrichtung bestellten Person in Ausführung dieser Verrichtung, gegeben ist.

c) *Franz Leonhard, Beweislast: Beweis des Klägers auch für die Rechtswidrigkeit und Zurechnungsfähigkeit (408 ff.).

10. Übergangsbestimmungen. Entscheidungen in besonderen Fällen, OLG. **8** 405 (Hamm), **RG. 56** 272.

§ 823. I. Abs. 1.

1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 170: Einen Ersatzanspruch hat nur derjenige, welcher unmittelbar durch die unerlaubte Handlung verletzt ist. Vgl. JDR. **1** § 823 Abs. 1 Ziff. 1; **2** § 823 Ziff. 1. Ebenso OLG. Posen, PosMschr. **04** 140.

2. a) Endemann, vgl. oben zu §§ 241 ff. Ziff. 7 (81): Das Prinzip der Berücksichtigung eines Fremdinteresses läßt sich auch bei der Haftung aus unerlaubten Handlungen nachweisen: wer verletzt ist, entscheidet sich objektiv nach der vorliegenden wahren Interessenlage. Wille und Verschulden beziehen sich nicht auf einen gewollten Gegner und auf die Erkennbarkeit der persönlichen Verhältnisse des Angegriffenen, sondern darauf, ob der Eingriff in

ein fremdes Rechtsgut unter Verletzung der obwaltenden Sorgfaltpflichten geschieht. Ausdehnung des Pflichtengebiets und des Umfanges der zu sichernden Interessen geschieht besonders durch § 844 Abs. 2, ferner §§ 845, 1356 Abs. 2, 1617, 1757, 1765.

Von hier aus ist die Frage zu beantworten und zu bejahen, ob auch ein Forderungsrecht eine Rechtslage schafft, die Sicherung gegen den schädigenden Eingriff Dritter erheischt. Insbesondere tritt die Kaufsache mit dem Übergange der Gefahr auf den Käufer derart in dessen Interessenkreis ein, daß er aus eigenem Rechte einen Ersatzanspruch gegen den z. B. die auf dem Transport befindliche Sache schuldhaft zerstörenden Dritten erheben kann. Bedeutsam hierfür ist die Tendenz des BGB., das Schuldverhältnis zu objektivieren, indem es das Forderungsrecht als Gegenstand eines obligatorischen Vertrags, der Abtretung und sogar von dinglichen Rechten anerkennt. Vgl. über Verletzung von Forderungsrechten unten Ziff. 6 f.

b) **RG.** SächsA. **14** 711: Wenn die Mängel eines Werkes nach dessen Verwendung zur Benutzung durch Dritte diese in erkennbare Gefahr bringen mußten, stellt die Verletzung der Vertragspflicht zugleich eine Vernachlässigung der den Dritten gegenüber im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dar.

3. *Holtz, Der Schwebezustand bei § 160: Über die Bedeutung des Wortes „daraus" im Falle der Schadensersatzpflicht des Dritten, der während der Schwebezeit des bedingten Rechtsgeschäfts schuldhaft widerrechtlich die Sache zerstört hat.

4. Körperverletzung (vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 2).

a) Hellwig 41, 46 ff: Die Übertragung einer Geschlechtskrankheit ist objektiv eine Gesundheitsverletzung; sie macht beim Vorliegen der subjektiven Momente schadensersatzpflichtig (vgl. zu § 823 ff. Ziff 5 b). Die Übertragung kann ohne oder durch geschlechtlichen Verkehr erfolgen. In den erstgenannten Fällen kommen vor allem die Übertragung vom Säugling auf die Amme und die umgekehrte Infektion in Betracht. Als Schuldige können in Betracht kommen:

α. Die Eltern, wenn und weil sie die gesunde Amme vorsätzlich oder fahrlässig in Berührung mit der Gefahrenquelle brachten.

β. Als Mittäter, oder, wenn die Eltern schuldlos sein sollten, als Alleintäter der Arzt, wenn er die Übertragung der Geschlechtskrankheit vorsätzlich oder fahrlässig dadurch verursachte, daß er die Eltern oder auch nur die Mutter nicht über die Natur der von ihm erkannten oder fahrlässigerweise nicht erkannten Erkrankung des Kindes aufklärte, oder daß er als Hausarzt der Familie duldete, daß das syphilitische Kind von der Amme genährt wird.

γ. Die Amme selbst.

Wird die Geschlechtskrankheit im Wege des geschlechtlichen Verkehrs übertragen, so wird eine Fahrlässigkeit des Mannes schon darin zu finden sein, daß er kurz vor dem Beischlaf unter solchen Umständen konbumbiert hat, von denen er wußte oder wissen mußte, daß sie die Gefahr der geschlechtlichen Erkrankung begründeten. Pflegt er unter Mißachtung der Gefahr kurz nachher anderweiten Beischlaf und überträgt er dabei die Krankheit, so ist er für den Schaden verantwortlich (50 f.). Zweifel über die Haftbarkeit des infizierenden Teiles können in den Fällen entstehen, in denen es sich um den Verkehr mit Prostituierten handelt. Wird die Prostituierte infiziert, so kann der infizierende Mann den Schadensersatz nicht etwa deshalb ablehnen, weil die angesteckte Frau gewerbsmäßig Unzucht betreibe. Hat die Prostituierte die Ansteckung verursacht, so kommt die Anwendung des § 254 in Frage. § 254 Abs. 2 kann insofern in Betracht kommen, als der Infizierte es unterlassen hat, die angezeigt er-

scheinenden Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen (53 f.). (Vgl. oben § 254 Ziff. 10 e.) Über den Umfang der Schadensersatzpflicht vgl. 57 ff.

b) Havenstein, Das Züchtigungsrecht der Lehrer, PreußVolksschulArch. 3 97 ff, 108 ff. sucht nach einem allgemeinen Grundsatz, auf Grund dessen man die Frage, ob der Lehrer (oder sonstige Erziehungsberechtigte) sich bei Ausübung des Züchtigungsrechts einer strafbaren Handlung (Körperverletzung, Freiheitsberaubung usw.) schuldig gemacht hat, beantworten kann. Er leitet diesen Grundsatz aus der Natur des Strafrechts und dem Begriff der Erziehungshandlung her. Der Richter hätte nicht zu fragen: „Steht bei dieser Körperverletzung und Mißhandlung dem Lehrer ein staatlich anerkanntes Züchtigungsrecht zur Seite und hat er in dessen Ausübung handeln wollen?" — sondern er hätte zu fragen: „War die Handlung eine Erziehungshandlung, d. h. von einem Erziehungsberechtigten zur Förderung der Entwickelung des Zöglinges ohne Schädigung seiner Gesundheit vorgenommen?" Wird die Frage bejaht, so kann von Beleidigung, Freiheitsberaubung, Körperverletzung überhaupt nicht die Rede sein, gleichgültig, ob es sich dabei um Vater oder Vormund, um Lehrer oder sonstigen Erzieher handelt, es sei denn, daß diese Erziehungshandlung durch Gesetz oder Sitte besonders verboten war. Voraussetzung ist also, daß der Handelnde (Lehrer) zur Erziehung befugt war, daß eine wirkliche Erziehungshandlung vorliegt und daß die Erziehungshandlung dem Erzieher nicht durch Gesetz oder Sittlichkeit, Sitte oder Gewohnheit verboten ist.

c) Kornfeld, Friedreichs Bl. f. ger. Med. **55** 178: Mitteilung eines Falles von Überschreitung des Züchtigungsrechts.

5. Verletzung des Eigentums.

a) **RG. 56** 314, JW. **04** 113: Insoweit das BGB. die Verletzung des Eigentumsanspruchs besonders und eingehend regelt, kommt die allgemeine, die schuldhafte widerrechtliche Verletzung des Eigentums behandelnde Norm des § 823 nicht zur Anwendung.

b) **RG. 58** 130, JW. **04** 360, DJZ. **04** 746, EisenbE. **21** 76: Ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß bei an sich widerrechtlichen Eingriffen in fremdes Eigentum der auf Schadensersatz klagende Beschädigte ein besonderes Verschulden des in sein Eigentum Eingreifenden niemals nachzuweisen braucht, besteht nicht. Das dem Eigentümer zustehende Recht des § 1004 ist ihm in vielen Fällen durch Sondervorschriften entzogen. Die staatliche Konzessionserteilung und die ihr in der Regel gegenüber stehende Verpflichtung zur Fortsetzung des konzessionierten Eisenbahnbetriebs verbieten derartige Klagen. Ist dem Grundeigentümer im Einzelfalle das so wesentliche Recht, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren, entzogen, so muß ihm notwendig hierfür anderweitiger ausreichender Ersatz gegeben sein, und solcher Ersatz kann nur in Gewährung der durch Verschuldensnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens gefunden werden. Wenn dies im BGB. auch nicht ausdrücklich als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen ist, so ergibt sich doch der hierauf gerichtete Wille des Gesetzgebers wie für das Reich, so auch für das Königreich Preußen, aus verschiedenen Einzelvorschriften. Dieser gesetzgeberische Gedanke liegt dem § 904 BGB., dem § 25 PrEisenbG. v. 3. 11. 1838 und dem § 26 GewO., sowie Art. 9 der preußischen Verfassung zugrunde. Eine rheinpreußische Kleinbahn haftet auf Ersatz des durch ihren Betrieb (Funkenflug) verursachten Schadens ohne Verschulden. Vgl. Keyßner, R. **04** 617, oben § 249 Ziff. 3 c, § 254 Ziff. 10 k.

c) Weißler, Die Legende von der Glaubhaftmachung bei Freigabeansprüchen, DJZ. **04** 635: Der Gläubiger, der das Eigentum eines Dritten pfändet, verletzt dessen Recht und zwar von dem Moment an fahrlässig, wo

ihm auf irgendeine Weise zweifelhaft wird, ob die Pfandstücke seinem Schuldner gehören. Der Gläubiger, der nach der Aufforderung zur Freigabe die Zwangsvollstreckung fortsetzt, handelt unbedingt fahrlässig und muß den Dritten entschädigen, ohne den Mangel der Glaubhaftmachung geltend machen zu können. In diesem Sinne hat auch das LG. Halle a./S. entschieden.

OLG. 9 39 (Stettin): Wird dem Pfändungsgläubiger das Eigentum des Intervenienten soweit glaubhaft gemacht, daß er verständigerweise damit rechnen muß, so ist es auch seine Pflicht, die Beeinträchtigung alsbald wieder zu beseitigen, also die Pfandstücke freizugeben; wenn er dies trotz ergangener Mahnung verzögert, so hat er den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen.

d) Halten von Bordellen (vgl JDR. **2** § 823 Ziff. 4).

RG. 57 239, JW **04** 291: In fremdes Eigentum wird durch den bloßen Betrieb der Unzucht (Bordellbetrieb) nicht eingegriffen, und die Gesetze, die den Betrieb der gewerbsmäßigen Unzucht und die Kuppelei unter Strafe stellen (§§ 361 Nr. 6 und 180 StGB.) bezwecken nicht den Schutz fremden Eigentums. Es kann daher nur § 826 in Frage kommen.

Vgl. auch OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 145.

6. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (vgl. JDR. **1** § 823 Abs. 1 Ziff. 7b, **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 5).

RG. 58 24 ff., 28, JW. **04** 292: Im § 823 Abs. 1 ist nicht die Haftung für die Beschädigung des Vermögens als solchen, sondern nur für diejenige Vermögensbeschädigung ausgesprochen, welche eine Folge der Verletzung der vom Gesetze bezeichneten besonderen Rechtsgüter und Rechte ist. Vgl. LG. Lyck, PosMschr. **04** 102.

7. Sonstiges Recht.

a) Verletzung des Gewerbebetriebs. (JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 k.)

RG. 58 24, JW. **04** 292, vgl. JDR. **1** Ziff. 8 a (**RG. 50** 373), **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 6: Die Ansicht, daß das Gesetz die von ihm aufgeführten Güter, als Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit, selbst zu Gegenständen eines besonderen, daran bestehenden Rechtes habe erheben und durch die Worte „oder ein sonstiges Recht" seinen Schutz über die ausdrücklich genannten hinaus noch auf andere derartige Lebensgüter habe ausdehnen wollen, hat in der Rechtsprechung des RG. keinen Anklang gefunden, und es ist auch bereits ausgesprochen, daß die Theorie, welche hier in noch nicht abgeschlossenem Umfange besondere Persönlichkeits- oder Individualitätsrechte konstruieren will, als Grundlage für die Auslegung des Gesetzes nicht geeignet erscheint. Deshalb ist z. B. verneint worden, daß die freie Erwerbstätigkeit als solche so wenig wie die Befugnis zu ungehinderter Verwertung der Arbeitskraft unter den Schutz des § 823 Abs. 1 falle. Dagegen ist, im Gegensatze zu der rechtlichen Möglichkeit, ein beliebiges Gewerbe zu betreiben, an dem bereits eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein subjektives Recht anzuerkennen, das unmittelbar verletzt werden kann. Dadurch, daß es sich bei dem bestehenden selbständigen Gewerbebetriebe nicht bloß um die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille darin bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechtes an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 fallende Rechtsverletzung angesehen werden.

RG. 56 271 ff., 275: Die Befugnis zu ungehinderter Verwertung der Arbeitskraft oder Erwerbsmöglichkeit gehört nicht zu den „sonstigen Rechten". —

Ein bestehender selbständiger Gewerbebetrieb aber mag, wenigstens insoweit, als er durch positive Gesetzesvorschrift, namentlich durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes besonders geschützt ist, als ein wohlerworbenes Recht anzusehen sein.

b) OLG. **8** 405 (Hamm): Das Recht des Versicherungsberechtigten auf staatliche Fürsorge für den Fall seiner Erwerbsunfähigkeit stellt schon vor seiner Realisierung ein rechtlich gesichertes Gut, eine gegenwärtige Verbesserung der rechtlichen und wirtschaftlichen Lage des Klägers, also ein Vermögensstück desselben dar. Es ist deshalb den im § 823 Abs. 1 genannten „sonstigen Rechten" zuzuzählen.

c) OLG. Colmar, DJZ. **04** 415: § 823 setzt die Verletzung eines Rechtes voraus und kommt daher nicht zur Anwendung, wenn der sich für verletzt Erachtende nur verpflichtet, nicht berechtigt ist, unter gewissen Bedingungen eine Leistung gegen eine Gegenleistung vorzunehmen.

d) OLG. **8** 17 (Hamm): Das „Vermögen" als der Inbegriff aller einzelnen einem Menschen gehörenden Sachen und Rechte und ebenso der „Kredit" jemandes gehören nicht zu den „sonstigen Rechten" des § 823 Abs. 1. Vgl. oben Ziff. 5.

e) Schutz der Ehre.

OLG. **8** 15 (Hamm): Unter die sonstigen Rechte des Abs. 1 fällt nicht die Ehre, sie ist ein Rechtsgut, nicht ein Privatrecht i. S. des Abs. 1. Der Schutz der Ehre erfolgt durch §§ 823 Abs. 2, 824 ff.; vgl. JDR. **1** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 g, **2** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 c.

KG., KGBl. **04** 11: Ehre und Erwerbsfähigkeit gehören nicht zu den „sonstigen Rechten" i. S. des Abs. 1 des § 823 BGB., wenn sie auch zu den Rechtsgütern zu rechnen sind. Sie finden ihren Schutz gegen Schadenszufügung in dem Abs. 2 des § 823 und den folgenden Paragraphen.

f) Schutz des obligatorisch Berechtigten. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 f. Vgl. hierzu auch Stierle, Die Haftung für Tiere 69 und Endemann oben Ziff. 2 a.

α. **RG. 57** 353 (vgl. oben § 241 Ziff. 3): Die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 auf obligatorische Rechte ist zu verneinen. Das Forderungsrecht ist zwar ein subjektives Recht, allein die Terminologie des BGB. ergibt, daß, wenn der Gesetzgeber die Anwendbarkeit auch auf obligatorische Rechte beabsichtigt hätte, er dies besonders zum Ausdrucke gebracht haben würde. Die Ansicht der Gegner ist mit dem Wesen des Schuldverhältnisses, wie es im § 241 bestimmt ist, nicht verträglich. Das Forderungsrecht wirkt nicht, wie das dingliche Recht gegen jeden; es bindet nur eine bestimmte Person. Wer in das obligatorische Recht eines anderen eingreift, verletzt — abgesehen von den besonders gesetzlich bestimmten Fällen — eine Rechtspflicht nur dann, wenn und insoweit ein Eingriff in Rechte erfolgt, die ihre Grundlage nicht im Vertrage haben. Nur insoweit ist seine Handlung eine widerrechtliche, und diese Widerrechtlichkeit kann somit nicht von dem obligatorisch Berechtigten, sondern nur von demjenigen geltend gemacht werden, dem das verletzte Recht ohne Rücksicht auf den Vertrag zusteht. Hieraus ergibt sich, daß unter „sonstiges Recht" im § 823 Abs. 1 nur ein solches Recht verstanden werden kann, das mit allen den vorher aufgeführten Rechtsgütern das Gemeinsame hat, daß es von jedermann beachtet werden muß, mithin um das absolute Recht. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 823. Das **RG.** tritt den Ausführungen Oertmanns (vgl. JDR. **1** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 e γ, S. 466) bei.

JW. **04** 258: Die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 auf obligatorische Rechte ist zu verneinen.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 17 läßt Verletzung obligatorischer Rechte nach § 823 dahingestellt.

β. OLG. **9** 39 (Colmar): Daß obligatorische Rechte von § 823 mitumfaßt werden, ist zwar nicht unbestritten. Jedenfalls aber ist dies dann anzunehmen, wenn zufolge besonderer Vorschrift (wie nach § 845 ZPO.) ein Dritter unmittelbar auf das obligatorische Recht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner einzuwirken in der Lage ist und eine solche Einwirkung widerrechtlich stattgefunden hat.

8. Mayer, Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht: Der Staat, der die öffentliche Gewalt ausüben läßt, steht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes; die hier stattfindende Entschädigung ist nicht öffentlich-rechtlich geregelt. Daß es öffentlich-rechtliche Ordnungen von Entschädigungspflichten des Staates gibt, ist keine Frage. Sie haben sich allmählich aus den Zusammenhängen des Zivilrechts herausgelöst. Wir haben eine bunte Mannigfaltigkeit von Einzelbestimmungen, z. B. Entschädigungen für Rayonbeschränkungen, Manöverschäden, Quartierlast, Tötung verseuchten Viehes u. a. m. Das allgemeine Prinzip, das in diesen Ordnungen erscheint, ist die naturalis aequitas, die Billigkeit. Das Wesen der Billigkeit steht in einem gewissen Gegensatze zum Rechte, sie bedeutet eine Schonung, eine Rücksichtnahme, die dem einzelnen zuteil werden soll, um ihn vor Schaden zu behüten. Die Billigkeit vermag aber das Recht zu beeinflussen, indem dieses bei seinen Bestimmungen in gewissem Maße auf sie Rücksicht nimmt. Das bedeutendste Beispiel von solchem Billigkeitsrechte geben auf dem Gebiete des Zivilrechts die Bereicherungsklagen; die Entschädigungspflicht des Staates ist zu diesen das öffentlich-rechtliche Seitenstück. Hier soll das besondere Opfer ausgeglichen werden, das der einzelne der Gesamtheit gebracht hat. — Die hierher gehörenden Fälle lassen sich nach der verschiedenen Art gruppieren, wie der Staat dazu kommt, solche Schädigungen, die ungleiche Opfer vorstellen, einzelnen Untertanen aufzuerlegen. Es kann förmlich und absichtlich geschehen: Eingriff in Form Rechtens (Rechtsveränderung durch Enteignung, Rayonbeschränkung); ferner tatsächliche Eingriffe (Vernichtung reblausverdächtiger Weinberge, Zerstörung des Hauses, das die Feuersbrunst verbreiten könnte). Der erste Fall ist fast Enteignung, der letzte grenzt an ein anderes Gebiet, das der rücksichtslosen Maßregeln: der Staat hat es nicht, wie bei der ersten und zweiten Gruppe, darauf abgesehen, ein bestimmtes Gut in Anspruch zu nehmen, aber er führt Unternehmungen, die geeignet sind, Schaden anzurichten, unverwandt durch und unhemmbar auf die Gefahr hin, daß sie das tun (Militärschießstände, welche die Kugeln überfliegen lassen u. a., z. B. Manöverschäden). Hinter all dem lauert Rechtswidrigkeit und Verschuldung. Das Element der Verschuldung bekommt selbständige Bedeutung erst bei einer weiteren Gruppe: nicht bloß rücksichtslose Maßregeln, alle Arten von öffentlichen Unternehmungen können Schaden anrichten. — Die von dem Staate zu gewährenden Vergütungen treten in das Zeichen des Zivilrechts: die Entschädigungspflicht des Staates wird zivilrechtlich erklärt und begründet. Die Anwendung der Rechtssätze über unerlaubte Handlungen führt zu künstlichen Formulierungen. Um solche „unwillkürlichen Verfälschungen des öffentlichen Billigkeitsrechts" zu verhüten, gibt es kein anderes Mittel als die Beseitigung der Justizzuständigkeit. Die Ansprüche auf Ausgleichung besonderer Nachteile aus der öffentlichen Verwaltung müßten die Verwaltungsbehörden unter Vorbehalt der Berufung zum Oberverwaltungsgericht entscheiden.

9. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7.

a) OLG. **9** 37 (Cassel): Ein Hintansetzen der im Verkehr erforderlichen Sorge ist nicht schon darin zu erblicken, daß eine Bohle, an einer Hauswand

angelehnt, auf ihre Längskante in der Weise gestellt wird, daß sie ohne äußere Einwirkung nicht umfallen kann. Eine derartige Aufstellung auf der Kante ist auch im Betriebe des Schreinergewerbes durchaus üblich. Fahrlässig könnte eine solche Aufstellung nur dann sein, wenn die Aufstellung fast senkrecht erfolgte, so daß eine nur leichte Verschiebung die Bohlen zum Umkippen bringen konnte, und wenn damit gerechnet werden mußte, daß Kinder sich an den Bohlen zu schaffen machen und hierbei die Bohlen zum Umkippen bringen würden. Nur in einem solchen Falle würde die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vielleicht besondere Maßregeln des Beklagten zur Verhütung von Gefahr geboten haben.

OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 72: Keine Fahrlässigkeit liegt darin, daß der Eigentümer eine nur schwer in Bewegung zu setzende, in der fraglichen Gegend allgemein gebräuchliche Apfelschneidemaschine unverwahrt in seinem unverschlossenen Hofe stehen läßt, wenn sie an der Stelle, wo sie Beschädigungen verursachen kann, mit einem Schutzblech versehen ist.

b) **RG. 58** 357, JW. **04** 486, SächsA. **14** 704: Im Werfen mit Körpern, die beim Auffallen explodieren und Verletzungen und Schädigungen herbeiführen können, liegt, wenn sie in der Richtung gegen Menschen, insbesondere in der Weise geschleudert werden, daß sie das Gesicht treffen können, eine fahrlässige und somit unerlaubte Handlung; vgl. unten § 830 Ziff. 1.

c) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7c, vgl. auch oben § 276 Ziff. 5 f.

α. Gerhard, ZVersWiss. **04** 410 ff., teilt drei Entscheidungen des RG. mit, welche sich mit der Haftung des Eigentümers öffentlicher Straßen beschäftigen. Ein allgemeines Prinzip festzustellen, ist schwierig. Anzunehmen ist, daß nach der Meinung des RG. eine generelle Pflicht zur Vermeidung jeder Gefahr auf Straßen durch Gesetz oder Polizeiverordnung auferlegt werden muß. Andernfalls ist es nach § 823 Abs. 1 Tatfrage, ob im einzelnen die Pflicht zu einer solchen Vermeidung dem Kommunalverband oblag. Fehler bei der Anlegung oder Unterlassung jedes Schutzes dürften als Verstoß anzusehen sein, Schwierigkeit in besonderen Fällen auszuschließen, wird nicht verlangt. Der organische Vertreter des Verbandes steht dem Privateigentümer gleich. Des ersteren Verschulden wird beurteilt wie dasjenige des letzteren. Und wie der letztere wird auch der Kommunalverband entlastet, wenn ein gut auserwählter Stellvertreter bestellt und gehörig kontrolliert ist. Das konkurrierende Verschulden des Beschädigten wird anzunehmen sein, wenn er die Örtlichkeit gekannt hat, unnötig im Dunkeln gegangen ist usw.

β. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 601, vgl. ebendas. 1058; vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7cα (495): Eine Stadtgemeinde hat die Verpflichtung für die Verkehrssicherheit der Straßen zu sorgen. Vorliegend bestreitet die Stadtgemeinde die Vernachlässigung ihrer Pflicht. Daß sie einen Vertreter haben muß, zu dessen Geschäftskreis die Fürsorge für den verkehrssicheren Zustand der Straße gehört, ist selbstverständlich. Einer näheren Begründung des Verschuldens eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters bedarf es daher auch nicht. Ist der sicherheitsgefährdende Zustand erkannt, so kann sich der für ihn Verantwortliche der Haftung für seine Wirkungen nicht durch die Berufung auf die Absicht entziehen, zu gelegener Zeit Abhilfe zu schaffen. Die Abhilfe darf nicht auf die Gefahr von weiteren Unfällen hin von finanzpolitischen Erwägungen abhängig gemacht werden.

BayObLG., SeuffBl. **04** 188: Eine Gemeinde, welche einen Weg für den öffentlichen Verkehr bestimmt und eingerichtet hat, ist verpflichtet, ihn in zweckentsprechendem Zustande zu unterhalten und die Vorkehrungen zu treffen, die zur Sicherheit des Verkehrs erforderlich sind. Es trifft hier der gleiche Rechts-

grund zu, aus dem der Hausbesitzer, wenn er einen Verkehr in seinem Hause herstellt, für die Sicherheit des Verkehrs zu sorgen hat. Entsteht aus der Versäumung der Pflicht, den Weg zu unterhalten, ein Schaden, so ist die Gemeinde ersatzpflichtig.

RG. NaumbAK. **04** 10, R. **04** 628: Ist die Gemeinde nach der provinziellen Wegordnung zur Unterhaltung des Weges verpflichtet, so darf sie auch kein Hindernis für die Sicherheit des Verkehrs auf dem Wege dulden. Die Unterhaltung des öffentlichen Weges durch die Gemeinde geschieht nicht in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt.

RG. JW. **04** 353, SächsA. **14** 478, Gruchots Beitr. **48** 995: Bei der Erfüllung der Wegebaupflicht einer Gemeinde handelt es sich nicht um Ausübung der öffentlichen Gewalt; die Haftung der öffentlich-rechtlichen Korporationen bei schuldhafter Nichterfüllung dieser Pflicht ist nach den allgemeinen Vorschriften in §§ 31, 89, 823 BGB. und soweit ein Verschulden von Beamten in Frage kommt, die nicht verfassungsmäßige Vertreter der Korporation im Sinne von § 31 bzw. 30 des BGB. sind, nach § 831 zu beurteilen. Vgl. JDR. **2** Ziff. 7c zu § 823 Abs. 1.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 245: Haftung der Gemeinde für den ordnungswidrigen Zustand einer Straße. Für den ordnungsmäßigen Zustand der Straße läßt sich nichts aus der Tatsache ableiten, daß die staatliche Polizeibehörde die Straße dem freien Verkehre überlassen hat. Daraus, daß die Polizeibehörde eine Straße nicht absperrt, ergibt sich noch nicht als notwendige Folge, daß nunmehr jedes einzelne Stück der Straße den Anforderungen des Verkehrs entspricht.

RG. R. **04** 444: Die städtischen Straßenbeleuchtungen sind in Preußen von jeher als polizeiliche Anstalten angesehen worden, die als solche von den Gemeinden der Regel nach ohne Rücksicht auf die bezüglich des Wegebaues bestehenden Rechtsverhältnisse zu unterhalten sind. Der Umfang, in dem die Beleuchtung gefordert werden kann, richtet sich nach dem tatsächlich vorhandenen öffentlichen Bedürfnisse, so daß auch die Beleuchtung einer noch nicht regulierten, aber tatsächlich dem öffentlichen Verkehr dienenden Straße geboten erscheint. Die Vernachlässigung der öffentlich-rechtlichen Obliegenheit begründet eine privatrechtliche Verantwortlichkeit der Gemeinde.

RG. Gruchots Beitr. **48** 882, vgl. oben § 278 Ziff. 7m, unten § 831 Ziff. 4: Der Veranstalter einer Ausstellung übernimmt durch Erheben des Eintrittsgeldes die Vertragspflicht, für sachgemäße Einrichtung der Verkehrswege zu sorgen.

OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 81, vgl. oben § 276 Ziff. 5 f. β: Das Hervorstehen von Steinen bis zu zwei Finger Breite aus einem Wege kann dem Unterhaltungspflichtigen nicht als Fahrlässigkeit angerechnet werden.

γ. **RG. 58** 333, JW. **04** 483, DJZ. **04** 1040, vgl. oben § 278 Ziff. 3 (vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7cβ, oben § 278 Ziff. 3a) spricht den schon wiederholt aufgestellten Grundsatz aus, daß demjenigen, der in Gebäuden oder auf Wegen einen Verkehr für andere eröffnet, die Herstellung und Erhaltung der Vorkehrungen, welche der gefahrlose Verkehr erfordert, obliegt, mit der Wirkung, daß die mangelhafte Erfüllung dieser Auflage die Verpflichtung zum Ersatze des verursachten Schadens nach Maßgabe des § 823 nach sich zieht.

RG. DJZ. **04** 1042: Ein Gastwirt oder Restaurateur, der in einem Gebäude oder auf Zugangswegen einen Verkehr für andere eröffnet, hat solche Vorkehrungen herzustellen oder zu unterhalten, die der gefahrlose Verkehr erfordert.

d) Haftung der Gastwirte, Vermieter, Hauseigentümer. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7cγ und d; s. auch oben § 278 Ziff. 3.

α. **RG.** JW. **04** 486: Der Pächter und Inhaber eines Gasthauses sowie des dazu gehörigen Eiskellers hat die Verpflichtung, die erforderlichen Maßnahmen für den verkehrssicheren Zustand des fraglichen Raumes bzw. zur Verhütung eines Unglücksfalls zu treffen.

RG. R. **04** 502: Die Pflicht des Gastwirts, die Zugänge zu einem Restaurant, die er dem Publikum zwecks Besuchs desselben seinerseits eröffnet, in verkehrssicherem Zustande zu erhalten, hat die Begründung eines Schuldverhältnisses nicht zur Voraussetzung. Der Gastwirt haftet vielmehr nur aus § 823 Abs. 1 und ist mithin rechtlich in der Lage, durch den Nachweis, daß er einen Dritten mit Beschaffung der zum gefahrlosen Begehen der Zugänge erforderlichen Vorkehrungen in ausreichender Weise beauftragt, er auch bei Auswahl und Beaufsichtigung desselben die erforderliche Sorgfalt betätigt hatte, mit Erfolg die Ersatzpflicht abzulehnen.

OLG. Celle, R. **04** 447: Das Maß von Sicherheit, für das der Gastwirt bei seinen Wirtschaftslokalitäten und deren Zugängen sorgen muß, ist nach den jeweiligen Umständen zu beurteilen. Lage und Besuchsziffer bilden dabei einen wesentlichen Faktor. Was unter ländlichen Verhältnissen als Ausnahme betrachtet wird, bildet in der Großstadt oft das Normale; mit Zunahme des Verkehrs steigern sich auch die Anforderungen, die an den diesen Verkehr eröffnenden Gastwirt hinsichtlich der Sorge für die Sicherheit seiner Gäste erhoben werden müssen, jeden Zustand zu beseitigen, der nach vernünftigem Ermessen voraussichtlich da Gefahr bringen wird, wo Verkehr stattzufinden pflegt.

OLG. Dresden, R. **04** 105: Besonders unter ländlichen Verhältnissen ist einem Gasthofbesitzer nicht zuzumuten, alle und jede Gefährlichkeit der Zugangsstätte zu beseitigen. Es kann ihm nicht angesonnen werden, eine Person anzustellen, die den gefallenen Schnee in kurzen Zwischenräumen zu entfernen oder immer und immer wieder zu streuen hätte. Bei Verkehrsstörungen, wie sie durch andauernden starken Schneefall bedingt werden, ist es eben Sache des Publikums, eine ganz besondere Vorsicht zu betätigen; wird dies unterlassen, so stehen einem infolgedessen Verunglückten keinerlei Schadensersatzansprüche zu.

β. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1104: Dem Hauswirt liegt die Verpflichtung ob, für ordentliche Beleuchtung der Flurtreppen Sorge zu tragen. Wegen eines Schadens, der infolge Vernachlässigung der Aufsicht über die mit der Verrichtung betrauten Personen entsteht, haftet der Hauswirt. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7c.

OLG. **9** 38 (Rostock): Der Vermieter, welcher mit seinen Mietern vereinbart, daß bei geöffnetem Keller stets eine (von dem Mieter aufgestellte) Wache neben der Kelleröffnung stehen muß, durch welche die die Hausdiele betretenden Personen gewarnt werden sollen, trifft damit eine zur Verhütung der Gefahr ausreichende Vorkehr. Der Vermieter ist keineswegs als Grundeigentümer schlechthin für jedes Offenstehen des Kellers verantwortlich (**RG.** Straff. **6** 46, **15** 58). Den Mieter, der den Keller unbewacht läßt, trifft ein Verschulden.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 39: Der Hauseigentümer, welcher nach eingetretener Dunkelheit den Hof unbeleuchtet und die Falltür des Kellereinganges offen läßt, handelt fahrlässig. Dieses Verschulden überwiegt dasjenige einer anderen Person, welche beim Gehen über den ihr fremden unbeleuchteten Hof Schaden erleidet.

OLG. **9** 38 (Colmar): Kläger war auf der mit Sand bestreuten Treppe des Beklagten gefallen. Das Bestreuen steinerner Treppen und Böden mit Sand bietet keine Gefährdung der Passanten. Es ist schon aus dem Grunde namentlich in Wirtshäusern vielfach im Gebrauch, weil bei der Unsitte des Ausspeiens der Sand die Reinlichkeit und die Sicherheit des Auftretens befördert. Auch

wegen des von der Straße hereingetragenen Schmutzes hat das Aufstreuen von Sand eher die Wirkung, das Ausgleiten zu hindern als es herbeizuführen. Das gilt sowohl von feinem als grobkörnigem Sande.

Gerhard, ZVersWiss. **04** 408, teilt eine Entscheidung des LG. I Berlin mit, in welcher die Klage gegen einen Hausbesitzer abgewiesen war, der eine Kellertreppe nicht verschlossen hatte. Der Kläger war nach Eintritt der Dunkelheit (10¼ Uhr abends) in den Keller gefallen. Die Abweisung wird durch das mitwirkende Verschulden des Klägers begründet, der es unterlassen hatte, den Hausflur zu beleuchten.

e) Streupflicht. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7e.

α. *Linckelmann, ArchBürgR. **24** 244—249: Die Pflicht, die Bürgersteige zu reinigen und insbesondere von Schnee und Eis frei zu halten, ist in Preußen eine öffentlich-rechtliche Pflicht, welche in Städten der Stadtgemeinde obliegt und welche durch Polizeiverordnung nicht auf die Anlieger abgewälzt werden kann. Das Kammergericht erachtet es jedoch für zulässig, daß jene Pflicht als Kommunallast auf Grund des Kommunalabgabengesetzes vom 14. 7. 1893 für die Anlieger begründet wird. Aus der Verletzung einer solchen durch eine Steuerordnung auferlegten Pflicht können seitens der verletzten Dritten gegen die Pflichtigen Schadensersatzansprüche weder aus § 823 Abs. 1 noch aus § 823 Abs. 2 abgeleitet werden; ebensowenig kann die Stadtgemeinde gegen die Anlieger Regreß nehmen.

β. **RG.** JW. **04** 470: Ein Hauseigentümer, der frühmorgens bemerkt, daß vor seinem Hause Glatteis vorhanden ist, ist nicht verpflichtet, sofort den Bürgersteig mit abstumpfendem Material zu bestreuen, wenn er zu dieser Tageszeit einen größeren Verkehr auf der Straße nicht erwartet.

f) Haftung der Notare, vgl. unten zu § 839, oben § 278 Ziff. 5, JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 7f.

g) Posthaftpflicht.

α. *Coermann, Gruchots Beitr. **48** 319 ff.: Die falsche Bezeichnung des Inhalts einer Postsendung enthält ein Verschulden des Absenders, das dessen Haftung gegenüber der Post, nicht aber gegenüber dem sonst dadurch Geschädigten — dessen Ware neben der schadenbringenden verladen war — begründet.

Die Beförderung verbotener Telegramme durch die Verwaltung enthält kein Verschulden derselben, da ihr § 1 der Telegraphenordnung keine Prüfungspflicht auferlegt.

Für Verzögerungen infolge Verwendung polnischer Aufschriften haftet lediglich der Absender, da es im Deutschen Reiche nur eine Amtssprache, die deutsche, gibt.

β. *Coermann, Posthaftpflicht, SächsA. **14** 550: Die Sonderhaftpflicht der Post bei Verletzung von Personen tritt nur bezüglich derjenigen ein, die mit ihr einen reglementsmäßigen Beförderungsvertrag abgeschlossen haben, also nicht bezüglich der „blinden Passagiere", derjenigen, die an einer Nichthaltestelle einsteigen, ferner nicht bezüglich der Extraposten.

h) OLG. Marienwerder, R. **04** 447: Handelt es sich um einen Eisenbahnbetriebsunfall, so ist die Annahme höherer Gewalt begrifflich ausgeschlossen. Denn diese setzt voraus, daß ein äußeres, mit dem Betriebe nicht in Verbindung stehendes Ereignis eingetreten ist, das den Unfall, sei es allein, sei es wenigstens in Verbindung mit der Betriebsgefahr, hervorgerufen hat.

i) Arglistige Täuschung.

α. **RG.** JW. **04** 140: Der arglistig Getäuschte kann den Vertrag nach § 123 BGB. anfechten und dadurch erreichen, daß er so gestellt wird, als wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Dann muß er freilich das auf

Grund des Vertrags Erhaltene zurückgeben. Aber er ist hierauf nicht beschränkt. Er kann auch bei dem Vertrage stehen bleiben und den ihm durch arglistige Täuschung zugefügten Schaden ersetzt verlangen. Dann hat er nichts zurückzugeben. Daß auch im Falle der §§ 823, 826 BGB. der Getäuschte seinen Schaden auf Höhe des auf Grund des Vertrags von ihm Geleisteten und Verauslagten bemessen kann, ist nicht zweifelhaft, nur muß er nachweisen, daß sein Schaden diesen Betrag erreicht.

β. **RG.** R. **04** 359: Bei Aufhebung eines gegenseitigen Vertrags wegen arglistiger Täuschung muß die Ausgleichung in der Weise erfolgen, daß neben dem Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 die beiderseitigen Vertragsleistungen ersetzt und diejenigen Vermögenslagen der Beteiligten wiederhergestellt werden, die ohne den Vertragsabschluß bestehen würden. S. auch o. zu § 255 Ziff. 5a.

γ. OLG. Braunschweig, R. **04** 252, SeuffA. **59** 262; vgl. oben § 249 Ziff. 3dβ: Ist ein Käufer über die Mieterträge eines formlos gekauften Hauses getäuscht, so kann er zwar trotz Arglist einen Anspruch auf Gewährleistung auf den Kaufvertrag nicht stützen. Wohl aber ist ein Anspruch auf Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung zu begründen.

Ist der Käufer dadurch geschädigt, daß die Mieterträge die Lasten und Zinsen nicht decken, so ist der Tatbestand des § 826 erfüllt: der Verkäufer hat in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Käufer vorsätzlich Schaden zugefügt. Hat er auch die Absicht gehabt, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so fehlt es auch an keinem der Tatbestandsmerkmale des Betrugs (§ 263 StrGB.), und da diese Strafvorschrift zu den im § 823 Abs. 2 BGB. gedachten Schutzgesetzen gehört, so qualifiziert sich die Handlung des Verkäufers auch nach § 823.

k) *Bayer, SeuffBl. **04** 153—156: Der Schadensersatzanspruch wegen unbefugten Weidens ist auch dann zivilrechtlich und begründet die Zuständigkeit der Gerichte, wenn die Widerrechtlichkeit in der Übertretung des bayr. Weidegesetzes vom J. 1852 besteht, das die Weide im öffentlichen Interesse beschränkt. Doch kann über die Frage der Widerrechtlichkeit ein öffentlich-rechtlicher Zwischenstreit anhängig werden.

l) OLG. Köln, R. **04** 481: Ein Dienstherr, der einen Angestellten nach § 63 HGB. während einer Erkrankung sechs Wochen Gehalt bezahlt hat, kann das Gehalt von dem Verletzer, der die Erkrankung durch eine nach § 823 BGB. gegenüber dem Angestellten zum Schadensersatze verpflichtende Handlung verursacht hat, nicht auf Grund der §§ 823, 812, 677 BGB. zurückfordern.

m) OLG. Karlsruhe, R. **04** 251, BadRpr. **04** 52: Der Mäkler haftet für Insolvenz des beigebrachten Kontrahenten jedenfalls dann, wenn er eine Person, deren Zahlungsunfähigkeit ihm bekannt war, in der arglistigen Verschweigung dieser Tatsache oder gar betrüglichen Versicherung des Gegenteils seinem Auftraggeber zuführt. S. auch o. zu § 652 Ziff. 3b.

n) **RG.** (Straff.) R. **04** 228: Wer durch Einleitung einer Untersuchung gegen sich, namentlich in Verbindung mit einer Verhaftung einen vermögensrechtlichen Schaden erlitten hat, kann, wenn die Untersuchung zur Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten geführt hat und die Einleitung der Untersuchung auf eine Anzeige zurückzuführen ist, bei deren Erstattung dem Anzeigenden Fahrlässigkeit zur Last fällt, von diesem Erstattung seines Schadens beanspruchen. In dem Erstreben und der Erlangung dieses Schadensersatzes kann deshalb die Verschaffung eines objektiv rechtswidrigen Vermögensvorteils, wie ihn der Tatbestand der Erpressung erfordert, nicht erblickt werden. Letzterer scheidet auch dann aus, wenn der Täter wirklich damit rechnet, daß der von ihm Bedrohte sich auf sein Vorgehen hin gütlich zur Gewährung einer Entschädigung ver-

stehen werde, ohne ihm ein anderes Verhalten zwangsweise aufdrängen zu wollen, als es dessen freiem Willen entsprechen würde.

o) **RG.** 58 427, JW. **04** 536: Der Registerrichter, der den von der Landesjustizverwaltung den Registergerichten erteilten Anweisungen über die Art der „Bezeichnung" der für die Veröffentlichung der Eintragung in das Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter (§ 11 HGB.) zuwiderhandelt (höhere Insertionskosten verursacht), ist dem Fiskus ersatzpflichtig.

p) OLG. 9 40 (Hamburg): An sich kann in der Bekanntmachung einer rechtskräftig auf Grund des Wettbewerbsgesetzes ergangenen Verurteilung nicht ohne weiteres etwas Ungehöriges liegen; denn das Gesetz läßt selbst eine solche Bekanntmachung zu. Nur wenn damit ein besonderer, unlauterer Zweck verfolgt würde, z. B. die Absicht zu beleidigen vorläge, könnte von der Verletzung der Ehre oder eines sonstigen Rechtes des durch die Veröffentlichung Betroffenen oder vom Verstoße gegen die guten Sitten die Rede sein. Abgesehen von solchen besonderen Umständen im Einzelfalle, bleibt aber gemäß §§ 186, 187 StGB. die Behauptung und Verbreitung wahrer Tatsachen straflos, auch wenn sie geeignet sind, den damit in Beziehung Gebrachten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Eine solche Veröffentlichung kann um so weniger gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie durch die unlautere Handlung desjenigen hervorgerufen war, gegen den die Verurteilung und deren Publikation sich gerichtet hat.

q) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 449 (franz. R.): Für den Schaden, der den Anliegern durch städtische Kanalisationsarbeiten entsteht, ist die Stadt selbst dann haftbar, wenn ihr ein Verschulden bei Anordnung oder Ausführung dieser Arbeiten nicht zur Last fällt.

r) OLG. **9** 24, R. **04** 576, SächsA. **14** 501 (Dresden): Dadurch, daß das Armenamt die einem Armen gehörigen, zur Aufbewahrung übernommenen Möbel unberechtigterweise versteigern läßt, macht es sich schadensersatzpflichtig.

s) *B. Hilse, GewRschutz 8 257: Der Verleger einer periodischen Zeitschrift, welcher in der am Kopfe derselben erteilten Nachdruckserlaubnis den Zusatz, daß hierzu die Einwilligung des Verfassers einzuholen sei, fortläßt, sowie der Inhaber eines literarischen Bureaus, welches seinen Abonnenten Ausschnitte aus anderen Zeitschriften liefert, haften dem Urheber für den daraus entspringenden Schaden im Umfange des § 36 UrheberG. v. 19. 6. 01.

t) OLG. 8 14 (Hamburg): Haftung eines Vereins für Artikel seines Vorsitzenden im Vereinsblatte; vgl. oben § 31 Ziff. 1 d.

u) Haftung für Kraftfahrzeuge. *Eger, Die Haftpflicht der Automobile, DJZ. **04** 192: Mit Rücksicht auf die große Bedeutung der Automobile für den öffentlichen Verkehr und ihre außergewöhnliche Gefährlichkeit wird darauf hingewiesen, daß zum Schutze gegen Schäden die Schadensersatznormen des BGB. nicht ausreichen, und vorgeschlagen, auf Körper- und Sachbeschädigungen durch Automobile das Reichs-Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 und § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 auszudehnen, sowie Zwangsgenossenschaften der Automobil-Unternehmer behufs Tragung der Schadensersatzleistungen nach Maßgabe der Unfallversicherungsgesetze einzuführen.

Vgl. Hagemann, DJZ. **04** 549; Vorwerk, Die Automobilhaftung nach bestehendem Rechte und de lege ferenda. (Düsseldorf 1904.)

v) Haftung der Kartelle; vgl. unten zu § 826 Ziff. 10, o. § 138.

Voelcker, DJZ. **04** 789: Die Frage, ob eine gesetzliche Regelung des Kartellwesens notwendig ist, ist zum Teil noch nicht genügend geklärt; soweit aber eine Klarstellung erfolgt ist, ist eine Regelung nicht erforderlich.

II. Abs. 2.

1. Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1, vgl. auch unten Ziff. 4e.

a) *Mauzka: Zunächst schützt § 823 Abs. 1 bestimmte Interessen. Andere Formen der Schuld werden in den §§ 824, 825, 831, 832, 834, 836 bis 838 behandelt.

Das Gesetz verkennt nun nicht, daß es noch andere schutzwürdige Interessen gibt, vor allem das Vermögen. Allein das Gesetz schreitet nicht zu einer allgemeinen Anerkennung derselben, sondern es nimmt seine Zuflucht zu einer schon bestehenden rechtlichen Regelung. Es benutzt den Umstand, daß zahlreiche Verletzungen fremder Interessen in verschiedenen Gesetzen verboten sind, und knüpft an die schuldhafte Überschreitung dieser Verbote eine Ersatzpflicht: § 823 Abs. 2. Es ist jedoch nicht die geringste Gewähr für die Lückenlosigkeit der Schutzgesetze des § 823 gegeben. Dieser Mangel an Einheitlichkeit hat zur Folge, daß viele Interessen in beiden Absätzen des § 823 geschützt sind.

b) Hellbach, R. **04** 100 (vgl. oben zu §§ 823 ff. Ziff. 8b): Während § 823 Abs. 1 Vorsatz oder Fahrlässigkeit in bezug auf die Rechtsverletzung erfordert, genügt zur Anwendung des § 823 Abs. 2 ein vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen das Schutzgesetz, er stellt also geringere Erfordernisse auf als der Abs. 1.

2. a) Hellwig 43: Unter „Gesetz" ist i. S. des Abs. 2 jede Rechtsvorschrift zu verstehen, so auch die rechtmäßig erlassenen Polizeivorschriften, mögen sie eine Strafe androhen oder lediglich ein bestimmtes Verhalten gebieten. Nötig ist nur, daß der Zweck des Gesetzes auf „Schutz" der Privaten gerichtet ist, sei es von einzelnen Personen, sei es der Allgemeinheit. Denn auch im letzteren Falle handelt es sich um eine Vorschrift, die den einzelnen schützen will; in der Fürsorge für jeden einzelnen Beteiligten liegt eben der Schutz der Interessen der Gesamtheit. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 2 Ziff. 1.

b) **RG.** JW. **04** 554, PucheltsZ. **35** 707: Auch Rechtsnormen, die in erster Linie auf Gründen beruhen, die nicht auf den Schutz des Publikums und damit der einzelnen abzielen, können den Charakter von Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 haben. Dazu wird erfordert, daß die Absicht des Gesetzgebers wenigstens mit darauf gerichtet gewesen ist, durch die getroffene Bestimmung der Allgemeinheit und damit den einzelnen den in Betracht kommenden Schutz zu gewähren, daß also diese Schutzgewährung mindestens sekundär „bezweckt" war. Vgl. OLG. Rostock, MecklZ. **23** 215.

3. **RG.** JW. **04** 408, Gruchots Beitr. **48** 920, DJZ. **04** 865: Die Haftbarkeit aus § 823 Abs. 2 ist nicht davon bedingt, daß der das Schutzgesetz Übertretende die Folgen seiner Übertretung, also den hieraus entstehenden Schaden, voraussieht. Es genügt, daß er sich des Verstoßes gegen das Schutzgesetz bewußt ist oder bei gehöriger Sorgfalt desselben bewußt werden könnte. Steht also der Kausalzusammenhang zwischen der Übertretung des Schutzgesetzes und dem eingetretenen Schaden fest, so hat der Übertreter auch für denselben zu haften.

4. Einzelne Schutzgesetze. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 (501).

a) *Boethke, EisenbE. **20** 369: Ein Gesetz, das den Schutz gegen Straßenunfälle bezweckt, bezweckt auch den Schutz dessen, der auf Grund des Reichs-Haftpflichtgesetzes den Schaden ersetzen muß. Der schuldige Omnibuskutscher haftet nach § 823 Abs. 2 der Straßenbahn für den Schaden, den diese einem infolge Zusammenstoßes von Straßenbahn und Omnibus verletzten Omnibusfahrgast ersetzen muß. Vgl. oben § 426 Ziff. 3.

b) **RG.** JW. **04** 408, Gruchots Beitr. **48** 920, DJZ. **04** 865: Schutzgesetze sind die in Betriebsvorschriften enthaltenen Signalvorschriften zum Schutze und zur Sicherung gegen jeden Zusammenstoß mit dem Bahntransport.

c) B. Hilse, PreußVolksschulArch. **3** 115 (vgl. oben § 618 Ziff. 2a): Wird eine Lehrerin infolge gefahrbringender Beschaffenheit der Diensträume verletzt, so haftet die Schulverwaltung nach § 618. Wird statt der Lehrerin ein Schulkind verletzt, so kommt § 823 Abs. 2 verb. mit § 831 in Anwendung. Die Schulverwaltung könnte sich durch die Einrede befreien, daß sie bei Auswahl ihres Vertreters bzw. der Einrichtung der Schulräume die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

d) B. Hilse, R. **04** 411: Die Gebrauchsanweisung bei Benutzung der Fernsprechanlagen bezüglich des Drehens der Kurbel bezweckt den Schutz der Telephonistinnen gegen Beschädigungen. Die Telephonistin kann sich zunächst an den Besitzer des Fernsprechanschlusses halten und kann es letzterem überlassen, durch Benennung des unmittelbaren Schädigers sich aus seiner Ersatzpflicht zu befreien.

e) *Gieske r, Das Recht an der eigenen Geheimsphäre: Abgesehen von der Frage, ob ein Recht an der eigenen Geheimsphäre im Sinne von Abs. 1 existiert, fallen verschiedene Verletzungen dieses Rechtsguts unter § 823. Zu den in Abs. 2 genannten Schutzgesetzen gehören nämlich z. B. RStGB. §§ 123 (Hausfriedensbruch), 299 (Briefgeheimnis), 300 (Berufsgeheimnis), Wettbewerbgesetz §§ 9, 10 (Geschäfts- und Fabrikgeheimnis); (12 ff., 15 ff.). Über den Aktivlegitimierten hierbei s. 32 ff., 46 ff., 143 ff.; über die Aufhebung der Widerrechtlichkeit s. 56 ff., 154 ff., 174 ff.

f) Schutz der Ehre. Vgl. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6e.

g) OLG. **9** 24, SächsA. **14** 504 (Dresden), vgl. oben Abs. 1 Ziff. 9r: Der Besitz ist nach § 823 Abs. 2 geschützt. JDR. **2** § 823 Abs. 1 Ziff. 6d (494).

h) Schmidt-Pasing, SeuffBl. **04** 363: Die Verletzung des Aneignungsrechts des Jagdausübungsberechtigten durch den Wilderer gewährt dem Berechtigten einen Ersatzanspruch nach § 823 Abs. 2. S. a. o. zu §§ 249 Ziff. 7a, 250.

i) Polizeivorschriften als Schutzgesetze. JDR. **2** § 823 Abs. 2 Ziff. 3e.

α. Hellwig 43: Schutzgesetze sind die polizeilichen Vorschriften, die den Prostituierten ein bestimmtes Verhalten (namentlich die Gestellung zur Untersuchung) vorschreiben, ferner die Vorschriften, die den Ärzten die Verpflichtung auferlegen, Geschlechtskrankheiten der Polizei oder anderen Behörden anzuzeigen.

β. **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. 212: Verstoß gegen eine Polizeiverordnung, wonach ein Schiff an einer bestimmten Stelle nicht ankern soll.

γ. **RG.** HansGerZ. **04** Hauptbl. 13 enthält die gleiche Entscheidung wie **RG. 55** 317; vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 2 Ziff. 3eα.

RG. Gruchots Beitr. **48** 914: Polizeiverordnungen als Schutzgesetze.

k) Strafgesetzbuch. Vgl. JDR. **2** § 823 Abs. 2 Ziff. 3d.

α. § 121 Abs. 2. Schöller, R. **04** 410: § 121 Abs. 2 ist kein den Schutz des Fiskus als Privatperson bezweckendes Gesetz.

β. § 177. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 149; vgl. unten § 825.

γ. §§ 185 ff. OLG. **8** 15 (Hamm): Die §§ 185—187 StGB. sind Schutzgesetze i. S. des Abs. 2 (vgl. oben zu Abs. 1 Ziff. 7e). Eine fahrlässige Beleidigung ist nicht strafbar, stellt daher auch keinen Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz dar. Vgl. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 222.

δ. § 263. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **04** 162: § 263 StGB. als Schutzgesetz vgl. oben e (Gieske r).

ε. § 367 Ziff. 12. **RG.** Puchelts Z. **35** 324.

RG. JW. **04** 165: Ein schuldhafter Verstoß gegen § 367 Ziff. 12 StGB. liegt dann nicht vor, wenn der Keller, die Grube, die Öffnung, dergestalt ver-

deckt oder verwahrt worden ist, daß bei vernünftiger oder umsichtiger Würdigung der Verhältnisse eine für andere entstehende Gefahr nicht zu befürchten war.

ζ. § 367 Ziff. 14 StGB. **RG.** JW. **04** 62: Auch der Bauherr kann derjenige sein, der gegen das in Rede stehende Schutzgesetz verstößt. Trotz Anstellung eines zuverlässigen Technikers kann der Bauherr haften, wenn ihm Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

l) **RG.** R. **04** 447: § 120a GewO. enthält für den Gewerbeunternehmer eine allgemeine Zwangsvorschrift zur Sicherung des Lebens und der Gesundheit anderer Personen, und zwar zum Schutze nicht bloß der von dem Unternehmer beschäftigten Arbeiter, sondern auch anderer Personen.

m) **RG. 59** 49, JW. **04** 554: § 69 des Genossenschaftsgesetzes ist ein Schutzgesetz für den Genossen.

n) LG. Halle, NaumbAK. **04** 63: Die Bestimmungen des Invalidenversicherungsgesetzes, daß Beiträge für die Versicherung des Arbeitnehmers zu leisten seien, sind Schutzgesetze.

o) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 163: Der Gläubiger, welcher auf Grund eines Titels vollstrecken läßt, obwohl er dem Schuldner Stundung gewährt hat, verstößt gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz, indem er sich gegen den Rechtssatz vergeht, daß aus einem vollstreckbaren Urteil der Gläubiger dann die Zwangsvollstreckung nicht betreiben darf, wenn er nachträglich seinem Schuldner Stundung gewährt hat. Vgl. oben § 812 Ziff. 10b β.

§ 824. 1. OLG. **8** 17 (Hamm): § 824 erfordert nicht die Identität desjenigen, über den die unwahre Behauptung aufgestellt wird, mit demjenigen, für den daraus ein Schaden entsteht. — Der § 824 Abs. 1 trifft nicht den Fall, daß eine in Hinsicht des A. wahre Behauptung, die nach der Ansicht des Behauptenden auf den A. sich beziehen soll, wegen ihrer mehrdeutigen Fassung von Hörern oder Lesern auf den B. bezogen wird und dadurch diesen schädigt. Der durch eine solche fahrlässig kreditgefährdende Kundgebung geschädigte B. wird zwar geltend machen können, daß der Behauptende die Möglichkeit der Personenverwechselung, als eines von ihm nicht gewollten Irrtums der Hörer oder Leser hätte ins Auge fassen müssen, nicht aber, daß er die Unwahrheit seiner Behauptung hätte kennen müssen. Nach der üblichen Bedeutung der Worte redet jemand nicht in bezug auf den B. eine Unwahrheit, wenn das Behauptete in bezug auf den A. objektiv richtig ist und nach der Willensmeinung des Behauptenden auf den A. bezogen werden soll, von anderen auf den B. bezogen wird.

2. **RG. 56** 271 ff., 282: Im § 824 ist nicht vorausgesetzt, daß die behauptete Tatsache eine ehrenrührige sein müsse.

3. **RG. 56** 271 ff., 286: Nach den Umständen des Falles kann der Verletzte die Zurücknahme der aufgestellten bzw. verbreiteten Behauptung oder sonstige die Kundgebung außer Wirkung setzende Maßnahmen — seine Rehabilitation — beanspruchen.

4. Beweislast. Vgl. IDR. **2** § 824 Ziff. 2.

a) **RG.** SeuffBl. **04** 482, SeuffA. **59** Nr. 103, HansGerZ. **04** Hauptbl. 112, BankA. 3 209: Der Wahrheitsbeweis ist immer da zuzulassen, wo die zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit lediglich aus der Behauptung oder Verbreitung nicht erweislich wahrer Tatsachen erwächst; und da, wo positiv die Behauptung einer unwahren Tatsache zu dem Tatbestande des Delikts gehört, muß sogar diese Unwahrheit gegen den Täter erwiesen werden. Allein diese Fälle erschöpfen nicht das Gebiet der Verantwortlichkeit für Kundgebungen, wodurch Ehre, Kredit oder vermögensrechtliche Stellung anderer widerrechtlich angetastet werden können. Dies erweist für das jetzige Recht vor allem § 826. Eine Mitteilung, welche jemand einem anderen über einen Dritten unberufen,

ohne ein berechtigtes Interesse wahrzunehmen, lediglich in der Absicht, den Dritten zu schädigen, macht, kann als dolose und gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise erscheinen, auch wenn sie nicht tatsächlich auf Unwahrheit beruht. Vor allem wird aber in einem Falle, wo die Kundgebung sich nicht auf Mitteilung von Tatsachen beschränkt, sondern ohne eine solche oder in Verbindung mit ihr eine Verdächtigung oder Kreditantastung enthält, der Wahrheitsbeweis das Moment der Rechtswidrigkeit nicht beseitigen. In einem solchen Falle nützt der Beweis der Tatsachen dem Beklagten nichts; er kann ihm daher abgeschnitten werden.

b) **RG. 56** 271 ff., 285: Der Kläger hat die Unwahrheit der über ihn behaupteten Tatsache zu beweisen, ferner, daß der Beklagte die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsachen kennen mußte. Daß ein berechtigtes Interesse, und zwar ein objektiv berechtigtes bestanden hat, hat der Beklagte darzutun. Vgl. JDR. **1** § 824 Ziff. 4.

5. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **04** 187 ff., 191: Eine Zeitung, welche von einer Firma berichtet, diese sei in Zahlungsschwierigkeiten, macht sich der Firma haftbar, wenn sie durch rechtzeitige Erkundigungen in der Lage war, die Unwahrheit der von ihr behaupteten Tatsache festzustellen.

6. Abs. 2. a) KG. KGBl. **04** 9: „Berechtigtes Interesse" im Sinne des § 824 Abs. 2 BGB. ist ein solches, dessen Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist, das weder dem Rechte noch den guten Sitten zuwiderläuft.

b) **RG. 57** 157, JW. **04** 203: Für die Anwendung des § 824 Abs. 2 ist dann kein Raum, wenn jemand eine ihm bekannte Tatsache der Wahrheit gemäß mitteilen wollte, dabei aber aus Fahrlässigkeit die Mitteilung in eine Form gekleidet hat, die nach allgemeiner oder doch nach der herrschenden Anschauung etwas anderes bedeutet, als jene Tatsache. Die angezogene Vorschrift setzt zu ihrer Anwendung voraus, daß die Unwahrheit der Mitteilung dem Mitteilenden unbekannt ist; ist sie ihm bekannt, so kann nicht davon die Rede sein, daß er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse habe; nur etwa diejenigen, die dem von der Mitteilung Betroffenen übel gesinnt sind, könnten ein Interesse daran haben; das würde aber selbstverständlich kein berechtigtes, kein schutzwürdiges sein. Die Anwendung des § 824, auch des Abs. 1, ist solchenfalls überhaupt ausgeschlossen, der Mitteilende würde vielmehr nach § 823 in Verbindung mit § 187 StGB. zum Schadensersatze verpflichtet sein.

c) **RG.** UnlW. **5** 15: Die Wahrnehmung berechtigter Interessen liegt dann nicht vor, wenn die Grenzen einer berechtigten Abwehr überschritten werden, wenn insbesondere mit der an sich gerechtfertigten Verteidigung ein rechtswidriger Angriff gegen einen Dritten verbunden wird.

d) Einzelne Fälle. Vgl. auch OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 222.

α. *Rabel, Haftpflicht des Arztes 49: § 824 Abs. 2 befreit von der Schadensersatzpflicht auch, wenn die Mitteilung nach leichtfertiger Sachprüfung abgegeben wurde.

β. Recht der Presse.

RG. BadRpr. **04** 241, UnlW. **3** 70: Wenn auch ein allgemeines Recht der Tagespresse, Recht und Interessen von Personen zu wahren, vermeintliche Übelstände und wirtschaftliche Gefahren in die Öffentlichkeit zu bringen und zu erörtern, nicht besteht, so ist doch ein solches Recht dann anzuerkennen, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, der den Täter selbst wegen seines besonderen Verhältnisses zu ihm angeht, wenn eine besondere Beziehung zwischen ihm und dem besprochenen Gegenstande besteht.

OLG. Frankfurt, FrankfRundsch 04 194: Es ist nicht anzuerkennen, daß der Presse in bezug auf die Wahrnehmung der Interessen anderer ein Sonderrecht zustehe.

RG. R. 04 227: Ein berechtigtes Interesse an einer Mitteilung im Sinne § 6 Abs. 2 UnlWG. und des § 824 Abs. 1 BGB. kann für den Verleger einer Fachzeituug für einen Industrie- und Handelszweig, namentlich wenn dieselbe das Organ eines gewerblichen Verbandes ist, darin gefunden werden, daß die an dem Gewerbe beteiligten Personen über alle Vorgänge auf dem laufenden gehalten werden, welche für die Gestaltung des Gewerbes von Bedeutung bzw. geeignet sind, einen möglichst weiten Überblick über die Geschäftslage des betreffenden Industriezweigs zu gewähren.

§ 825. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 04 148, R. 04 503: Zur Anwendung dieser Vorschrift genügt nicht die Tatsache, daß ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Beteiligten besteht, auch nicht, daß die in der abhängigen Stellung Befindliche von dem anderen Teile verführt worden ist, oder daß die das Verhältnis begleitenden äußeren Umstände die Verführung erleichtert haben, notwendig ist vielmehr, daß einerseits die Tatsache des Abhängigkeitsverhältnisses für die Frauensperson den oder wenigstens einen der Bestimmungsgründe bildet, sich preiszugeben, daß also die aus eben jenem Verhältnisse sich ergebende Überlegenheit des anderen Teiles die natürliche Entschließungsfreiheit beeinträchtigt und daß andererseits der Mißbrauchende sich dieser auf seiner Überlegenheit beruhenden Beschränkung der Willensfreiheit bewußt ist.

§ 826. 1. Anwendungsgebiet des § 826.

*Mauzka: Die aufgezählten (vgl. oben vor § 823 Ziff. 3) Rechtssätze genügen nicht, um alle Formen des Unrechts zu treffen. Es wurde noch die vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung mit einer Ersatzpflicht belegt (§ 826). Dies sind derart schwere Verletzungen höherer durch mindere Interessen, daß die guten Sitten dagegen reagieren.

Und doch wurden die hierher gehörigen Fälle immer noch nicht erschöpft. Eine fahrlässige Schädigung, die gegen die guten Sitten verstößt, macht nicht haftbar.

Der Satz: Die schuldhafte Verletzung rechtmäßiger Interessen macht ersatzpflichtig, wäre einfacher gewesen; Doktrin und Rechtsprechung hätten mit ihm keine größeren Schwierigkeiten gehabt (380—382).

2. § 826 und § 226: IDR. 2 § 826 Ziff. 1.

RG. 58 214, JW. 04 405: Der § 826 ist nicht, wie Planck meint, mit Rücksicht auf § 226 einschränkend zu interpretieren. Die einschränkende Auslegung würde dem § 826, soweit es sich um eine in Ausübung eines formalen Rechtes verübte Schädigung handelt, jede praktische Bedeutung nehmen. Denn nach § 226 ist die Ausübung eines Rechtes unzulässig, also widerrechtlich, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Hier greift schon der § 823 Platz, und es bedarf nicht der Heranziehung des Gesichtspunkts der guten Sitten, um den Handelnden zum Ersatze des zugefügten Schadens zu verpflichten. Auch die bisherige Rechtsprechung des RG. macht die Anwendung des § 826 auf eine in Ausübung eines Rechtes vorgenommene Schädigung nicht von Feststellung einer besonderen schikanösen Absicht im Sinne des § 226 abhängig.

OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. 04 59: Das OLG. nimmt, in Übereinstimmung mit Planck, an, daß der § 826, insoweit, als er sich auf Handlungen behufs Ausübung eines Rechtes bezieht, so auszulegen ist, daß er mit dem diese Frage ausdrücklich regelnden § 226 übereinstimmt und daß also eine derartige

Handlung im Sinne des § 826 nur dann gegen die guten Sitten verstößt, wenn die Rechtsausübung unzulässig ist. Wie weit letzteres der Fall ist, bestimmt dann wieder der § 226.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 75: § 826 findet Anwendung auch bei Ausübung eines formalen Rechtes. Vgl. JDR. **2** § 826 Ziff. 1a a. E.

3. § 826 und § 823.

*Gieske r, Das Recht an der eigenen Geheimsphäre: Die genaue Abgrenzung von § 826 zu § 823 ist nicht einfach und wohl undurchführbar, weil auch die gegen die guten Sitten verstoßende Handlung, die einem Dritten Schaden zufügt, ein Rechtsgut, d. h. ein Recht dieses Dritten verletzt (5; 12 ff.). Jedenfalls aber läßt sich jede Verletzung eines Individualrechts in ihren zivilistischen Folgen unter BGB. § 826 subsumieren; dies ist ja gerade der Zweck dieses Paragraphen. Ein solches Individualrecht ist auch die Geheimsphäre (Definition 1 ff.; 16 ff.; 22 ff.); demnach bietet § 826 Schutz gegen alle widerrechtlichen Indiskretionen, sofern durch sie dem Verletzten, d. h. dem Individualberechtigten Vermögensschaden entstanden ist. Solche Widerrechtlichkeiten sind z. B.: durch Zwang, Drohung, Betrug, erfolgte Provokation einer Auskunft vom Geheimnisberechtigten oder Geheimniswahrer (28 f.; 44 f.), Kenntnisnahme von ersichtlich geheimen Tatsachen, mögen diese verschlossen (30 ff.) oder nicht verschlossen sein (42 ff.), Anschaffung sowie Herstellung von Verkörperungen fremder Geheimnisse (Bilder, Photographien, Phonogramme, Stenogramme, Abschriften), (49 ff.); das „Recht am eigenen Bilde" enthält jedenfalls das Recht am geheimen Bilde, ist aber gerade deshalb nicht beschränkt auf das Bild des Menschen. Widerrechtlich ist ferner die Veröffentlichung von geheimen Tatsachen (162 ff., 170 ff.); bloße Mitteilung solcher an einzelne nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen (126 ff.). Aktiv legitimiert ist stets nur der Individualberechtigte (ev. mehrere solcher) (4 ff.; 29; 32 f.; 46 f.; 122; 129 f.; 143 ff.; 169 f.). Über die Aufhebung der Widerrechtlichkeit s. zu BGB. § 823 in fine, vgl. oben §§ 138 Ziff. 2, 823 Abs. 2 Ziff. 4e.

4. Vorsatz. Vgl. JDR. **2** § 826 Ziff. 1b, oben zu §§ 823 ff. Ziff. 5b und c.

*Wassermann, UnlW. **4** 1: Über den Begriff „Vorsatz" spricht sich das Hanseatische Oberlandesgericht in einem Urteile vom 4. März 1904 dahin aus: „Es genügt das Bewußtsein, daß man durch die Handlung, die zwar in erster Linie auf die Gewinnung des eigenen Vorteils abzielt, einem anderen Schaden zufügt."

RG. 58 214 ff., 216, JW. **04** 405. Zum „Vorsatze" gehört, daß der Handelnde bei Vornahme der Handlung das Bewußtsein des schädlichen Erfolges hat. Der Feststellung einer intensiveren Willensrichtung des Handelnden, insbesondere, daß die Schädigung des anderen der Endzweck des Handelnden sei, bedarf es nicht.

RG. R. **04** 76: Die vorsätzliche Schädigung hat zur Voraussetzung, daß der Täter sich bei der Vornahme seiner Handlung der Schädigung des anderen bewußt ist. Wird eine falsche Auskunft vom Empfänger an Dritte weitergegeben, so genügt es zur Annahme vorsätzlicher Schädigung dieses Dritten durch den Auskunfterteiler mithin nicht, daß letzterer die Weitergabe seiner Auskunft an Dritte hätte voraussehen müssen.

OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **04** 167: Wenn bei § 826 der Vorsatz nicht bloß auf den Verstoß gegen die guten Sitten, sondern auch auf die Schadenszufügung selbst gerichtet sein muß, so ist doch zugleich festzustellen, daß unter Vorsatz nichts anderes zu verstehen ist, als die Vornahme der Handlung in Voraussicht der eintretenden Schädigung.

KG. KGBl. **04** 9, vgl. oben § 249 Ziff. 7b: Eine vorsätzliche Schadenszufügung verstößt nicht immer gegen die guten Sitten, sondern nur dann, wenn sie sich in ihrer ganzen Erscheinung als eine Handlung darstellt, die dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwider ist. Das Einstellen eines Arbeiters in die „schwarze Liste" ist aber nicht stets eine rechtswidrige Maßnahme. S. insbes. auch u. Ziff. 7.

5. Die guten Sitten vgl. IDR. **2** § 826 Ziff. 3, oben § 138 Ziff. 6.

RG. 58 214 ff., 216, IW. **04** 405: Ob eine bestimmte Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ist eine Rechtsfrage, die allerdings nach den Umständen des einzelnen Falles zu beantworten ist. Bei dieser Beantwortung wird nicht unbeachtet bleiben dürfen, ob die schädigende Handlung nur vermöge der allgemeinen Freiheit oder in Ausübung eines Rechtes vorgenommen wurde (vgl. oben Ziff. 2). Denn an sich besteht keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechtes zu unterlassen, wenn dieselbe einem anderen zum Schaden gereicht, und damit das eigene berechtigte Interesse dem Interesse des anderen nachzusetzen. Es müssen eben besondere Umstände vorliegen, um in einem solchen Falle einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen zu dürfen. Dabei kann nicht entscheidend sein, wie ein Mann von „vornehmer" Denkart und verfeinertem Anstandsgefühl gehandelt oder nicht gehandelt haben würde, wie denn andererseits auch eine in gewissen Kreisen etwa herrschend gewordene laxe Anschauung und Gepflogenheit dem Handelnden nicht zur Entschuldigung dienen kann. Es ist vielmehr bei Prüfung der Frage, ob eine gewisse Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzulegen.

RG. 58 219, IW. **04** 408: Die Frage, ob gewisse Tatsachen die Begriffsmerkmale eines Verstoßes wider die guten Sitten erfüllen, ist keine Frage der Tatsachenwürdigung, sondern eine Rechtsfrage; die Sachlage unterliegt daher insoweit der freien Beurteilung des Revisionsgerichts. Vgl. IDR. **1** § 826 Ziff. 3b.

6. Klage auf Unterlassung. Vgl. IDR. **2** § 826 Ziff. 5, oben zu §§ 823 ff. Ziff. 8.

7. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe. Vgl. IDR. **2** § 826 Ziff. 6.

a) **RG. 56** 271 ff., 274: An sich verstößt es weder gegen die Rechtsordnung noch gegen die guten Sitten, wenn der Beklagte (Börsenverein der Deutschen Buchhändler) das in gutem Glauben erstrebte Ziel (den Buchhandel gegen die Entwertung der Bücher und die sonstigen Preisunterbietungen zu schützen) im Wege einer genossenschaftlichen Selbsthilfe zu erreichen sucht, indem er nicht bloß den Mitgliedern des Vereins satzungsgemäß bestimmte Verpflichtungen auferlegt, sondern auch außerhalb des Vereins stehende Gewerbegenossen zur Beteiligung an der Durchführung seines Zweckes heranzieht. Eine derartige genossenschaftliche oder vertragliche Vereinigung von Gewerbetreibenden zur Herbeiführung und Erhaltung angemessener Preise für ihre Gewerbserzeugnisse und Handelsartikel würde, auch wenn sie die Bedeutung eines gewerblichen Kartells hätte, darum allein noch nicht als gesetzlich unstatthaft oder sittlich verwerflich zu betrachten sein (**RG. 38** 155).

Sittlich verwerflich und nach § 826 unerlaubt sind Maßregeln erst dann, wenn sie den davon Betroffenen in seiner geschäftlichen Existenz bedrohen, insofern sein gewerblicher Betrieb dadurch lahmgelegt oder untergraben, sein Kredit oder Ansehen in der Geschäftswelt dauernd geschädigt würde.

RG. 57 418, IW. **04** 293, DIZ. **04** 601, vgl. IDR. **2** Ziff. 6 zu § 826, **1** Ziff. 4b zu § 826: Die Aussperrung eines Arbeiters durch einen Arbeiterverband ist eine unter § 826 fallende Handlung, wenn die Aussperrung nach

den von dem Verbande getroffenen Maßnahmen dem betreffenden Arbeiter in weitgehender Weise die Erlangung von Arbeit erschwert und sich gegenüber dem Verhalten des Arbeiters als eine unbillige Härte erweist. Vgl. zu dieser Entscheidung Meyer, R. **04** 357, vgl. oben § 249 Ziff. 7b.

OLG. 8 18 (Posen): An sich ist es nichts Unerlaubtes, wenn Gewerbetreibende im wirtschaftlichen Interessenkampfe sich zusammenschließen, um einer drohenden Konkurrenz durch geeignete Gegenmaßregeln, die auch in einer geschäftlichen Sperre bestehen können, die Spitze zu bieten.

Über Boykottierung vgl. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 278, vgl. oben Ziff. 4 Abs. 5 (KG.).

b) OLG. **8** 14 (Hamburg), vgl. § 823 Abs. 1 Ziff. 9t: In den Grenzen einer erlaubten Kritik ist es gestattet, die unreelle gewerbliche Tätigkeit eines anderen zu rügen, in der Absicht, ihn in die richtigen Grenzen zu verweisen. Gegen § 826 verstößt es dagegen, wenn der andere gewerblich tot gemacht werden sollte, um ihm die Grundlagen seines bisherigen Broterwerbes gänzlich zu entziehen.

8. Verhältnis zum Wettbewerbsgesetze. Vgl. JDR. **2** § 826 Ziff. 7; JDR. **2** Ges. betr. die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

a) *Wassermann, UnlW. **4** 1, vgl. oben Ziff. 4 Abs. 1: Über das Verhältnis des § 826 BGB. zu dem Reichsgesetze des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 spricht sich das Hanseatische Oberlandesgericht in einem Urteile vom 4. März 1904 wie folgt aus: Nach Art. 32 EGBGB. bleiben die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft; sie treten indessen soweit außer Kraft, als sich aus dem BGB. oder aus diesen Gesetzen die Aufhebung ergebe; nun sei in diesen Gesetzen über die Aufhebung des Wettbewerbsgesetzes nichts gesagt, es sei also in Kraft geblieben; zugleich treffe aber der § 826 BGB. Vorschriften, die denselben Zweck verfolgen, wie das gedachte Spezialgesetz, nämlich die Bekämpfung illoyaler Handlungen; also insbesondere auch des unlauteren Wettbewerbes, aber nicht nur einzelner, sondern aller Formen desselben, und wenn auch in erster Linie die speziellen Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes Platz greifen, so sei doch überall da, wo sie versagen, der § 826 in Anwendung zu bringen.

Vgl. ferner Pels, UnlW. **4** 2 und das dort mitgeteilte Erkenntnis des **RG.**

b) *Wassermann, UnlW. **4** 1: Ausländische Firmen, welche nach § 16 des Wettbewerbsgesetzes nicht den Schutz dieses Gesetzes genießen, haben gleichwohl Anspruch auf den durch § 826 BGB. gewährten zivilrechtlichen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. (Urteil des HansOLG. v. 4. 3. 04.)

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 122 (Mitteilung eines Falles).

9. Verhältnis des § 826 zum Warenzeichengesetz.

*Wassermann, UnlW. **2** 48, führt einen Fall an, in welchem dieser Paragraph dazu diente, eine Lücke im Warenzeichengesetz (vom 12. 4. 1894) zu ergänzen. Es handelte sich darum, daß jemand mündlich seine Ware mit dem für einen andern geschützten Wortzeichen bezeichnet hatte.

10. § 826 und die Kartelle; vgl. JDR. **1** § 826 Ziff. 6, oben § 138 Ziff. 1, § 823 Abs. 1 Ziff. 9v. Schneider, 27. DJT. I 1 ff., 33 ff. § 826 in Verbindung mit § 138 Abs. 1 gewähren einen genügenden Schutz gegen Übergriffe der Kartelle. Vgl. Scharlach ebd. II 28 ff., Dove ebd. 45 ff., Vossen, R. **04** 233. Fuld, Koalitionsrecht im Handelsgewerbe, JustdRdsch. **04** 138.

11. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **2** § 826 Ziff. 9.

a) **RG. 56** 320, JW. **04** 141 (vgl. oben § 812 Ziff. 10l): Gibt jemand einen Wechsel lediglich als Deckung für einen Spekulationskauf, und verspricht der Empfänger für den Fall, daß der Kauf nicht zustande kommt, ausdrücklich die Rückgabe des Wechsels, so liegt in der Weitergabe des Wechsels beim Nichtzustandekommen des Kaufes eine gegen § 826 verstoßende Handlung. Aus einer solchen Handlungs=

weise des Wechselempfängers muß, beim Fehlen weiterer Schutzbehauptungen, gefolgert werden, daß die Weiterbegebung wissentlich zu dem Zwecke geschehen ist, dem Geber die Einreden abzuschneiden, die er auf Grund der Absprache gegen die Beklagten, falls sie selbst den Wechsel gegen ihn geltend machten, hätten erheben können, also um dem Kläger vorsätzlich Schaden zuzufügen. Vgl. IDR. **1** § 826 Ziff. 7e (483).

b) OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 23: Eine Firma hatte einer Bank, bei welcher ein auf die Firma gezogener gefälschter Wechsel diskontiert war, nicht Anzeige gemacht, daß das Akzept gefälscht sei, da der Prokurist der Firma, welcher das falsche Akzept auf den Wechsel gesetzt hatte, ein Verwandter eines Inhabers der Firma war. Die gegen die Firma auf Schadensersatz gerichtete Klage der Bank ist abgewiesen. Das OLG. führte aus: Es liegt eine Ausnahme von der Regel, wonach Treu und Glauben die Anzeige einer Fälschung fordern, dann vor, wenn die Treue gegen einen Angehörigen die Anzeige verbietet. Es kann daher keine Rede davon sein, daß die Beklagten, indem sie beim Widerstreite sittlicher Pflichten erlaubterweise diejenigen gegen die Verwandten voranstellten, widerrechtlich und schuldhaft gegen die Rechtssphäre der Klägerin eingegriffen oder gar gegen die guten Sitten gehandelt haben. S. auch o. zu § 242 Ziff. 3bδ.

c) *Wassermann, UnlW. **4** 1. Über die Auslegung des Begriffs „gute Sitten" gibt ein Urteil des HansOLG. v. 4. 3. 1904 wertvolle Direktiven. Es heißt dort: „Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn jemand bei einem Angebot und Verkauf von Waren diesen Waren wider besseres Wissen Eigenschaften, die sie wertvoller erscheinen lassen, beilegt, obwohl sie diese Eigenschaften nicht besitzen."

d) Friedländer, SeuffBl. **04** 208, vgl. oben § 138 Ziff. 2: Es verstößt wider die guten Sitten, wenn sich der Baukapitalist unter dem Namen Baukapital eine Forderung versichern läßt, die mit dem Baue nicht das Geringste zu tun hat, und wenn er hierdurch die Geschäftsleute in den Glauben versetzt, es werde wirklich das Baukapital in der angegebenen Weise ausbezahlt. Hier kann Ersatz nach § 826 gefordert werden.

e) OLG. Colmar, DIZ. **04** 415: Ein Verstoß gegen die guten Sitten würde darin zu erblicken sein, wenn derjenige, der sich ein Verkaufsversprechen geben läßt, von vornherein gar nicht die Absicht zu erwerben, sondern nur die Absicht hätte, dem Versprechenden die Ausnutzung der ihm gebotenen günstigen Verkaufsgelegenheit zu vereiteln.

f) OLG. Breslau, R. **04** 386: Der Auftraggeber haftet nicht für den in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen durch den Beauftragten vorsätzlich zugefügten Schaden.

g) Haftung für Erteilung eines falschen Rates. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Hauptbl. 53; OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 52; vgl. IDR. **1** § 826 Ziff. 7f.

RG. Holdheims MSchr. **04** 47: Wer wider besseres Wissen eine falsche Auskunft erteilt, haftet nach § 826 dritten Personen für den ihnen dadurch erwachsenen Schaden nur dann, wenn er sich dessen bewußt war, daß der Empfänger der Auskunft diese anderen oder einem anderen mitteilen werde. Daß er sich dies hätte sagen müssen, genügt zur Begründung seiner Haftpflicht Dritten gegenüber nicht. S. auch o. zu § 676 Ziff. 4.

h) OLG. Stuttgart, WürttI. **16** 167: Durch Verschweigung des Umstandes, daß ein Stellensuchender vielfach wegen Eigentumsvergehens vorbestraft sei, wird eine Haftung aus § 826 begründet. Liegt eine solche Handlung

seitens eines Stadtpflegers als Ortsarmenpflegers vor, so haftet die Stadtgemeinde.

i) **RG.** JW. **04** 537, DJZ. **04** 1089: Das Abkaufen eines Bieters bei einer Zwangsversteigerung zum Zwecke der Schädigung von Hypothekengläubigern verstößt gegen die guten Sitten.

k) Marcus, UnlW. **5** 10: Das Abspänstigmachen der Angestellten einer Firma durch Konkurrenten verstößt gegen die guten Sitten. Vgl. JDR. **2** § 826 Ziff. 9g.

l) **RG.** UnlW. **5** 24: Es verstößt gegen die guten Sitten des gewerblichen und geschäftlichen Verkehrs, in abfälliger Weise die Leistungen eines Konkurrenten einer öffentlichen Kritik zu unterziehen, zu dem Zwecke, die Kundschaft des anderen abspenstig zu machen.

m) Preisunterbietungen. α. **RG.** UnlW. **5** 2: Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Kaufmann, um seinen Absatz zu vergrößern, Waren unter den sonst üblichen Preisen verkauft, obwohl er sich sagen muß, daß er damit gegen das Interesse seiner Gewerbegenossen handelt. Insoweit sind der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen keine Schranken gezogen, ebensowenig, wie z. B. ein Gewerbetreibender gehindert werden kann, außerordentliche Aufwendungen für Reklame zu machen, obwohl auch hiermit eine Schädigung der sämtlichen Berufsgenossen verbunden sein kann.

β. **RG.** und OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 8, 295: Ein Verkauf patentierter Waren durch einen dritten Abnehmer der Ware unter dem vom Patentinhaber festgesetzten Mindestpreise verstößt nicht gegen die guten Sitten.

n) § 826 und die exceptio doli generalis **RG. 58** 356, JW. **04** 482, R. **04** 574 vgl. oben § 249 Ziff. 7c.

§ 827. *Prätorius, Homosexualität und Bürgerliches Gesetzbuch im Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen **6** 1—63: Die Homosexualität ist regelmäßig keine krankhafte, sondern eine angeborene physiologische Erscheinung. Hält man sie auch für krankhaft, so schließt sie doch nur selten die freie Willensbestimmung aus, am ehesten noch in den Fällen, wo die schädigende Handlung zur direkten Befriedigung des homosexuellen Triebes oder in deren Gefolge vorgenommen wird.

Das Vorhandensein der freien Willensbestimmung bei einer mit dem homosexuellen Triebe nicht zusammenhängenden oder sogar bei einer homosexuellen Handlung hindert nicht, daß bei einer anderen homosexuellen Handlung die freie Willensbestimmung fehlen kann, da die Möglichkeit partieller Zurechnungsfähigkeit anzunehmen ist.

§ 828. **RG.** JW. **04** 202: Die Altersstufe des Beklagten erfordert nicht bloß die Reife zur Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung, sondern auch die Reife des Jugendlichen zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit für dieselbe, und zwar in dem Sinne, daß er sich dessen bewußt sein muß, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen. Die Erkenntnis des Risikos einer Schulstrafe erweist noch nicht die Erkenntnis einer Vergeltungspflicht. Vgl. JDR. **2** zu § 828 Ziff. 1; vgl. auch unten zu § 832 Ziff. 2a.

Über Pfizer, DJZ. **04** 713, vgl. oben § 254 Ziff. 3a.

§ 829. 1. *Heinsheimer, AzivPr. **95** 234—255 (vgl. oben § 276 Ziff. 3d): § 829 kann nur angewendet werden, wenn das Verhalten des Unzurechnungsfähigen den vollen, objektiven und subjektiven Tatbestand eines „der in den §§ 823—826 bezeichneten Fälle“, mit Ausnahme allein des Tatbestandsmerkmals der Zurechnungsfähigkeit, erfüllt; insbesondere muß also auch der Unzurechnungsfähige den Schaden, wegen dessen er mit der „Äquitätshaftung“

des § 829 in Anspruch genommen werden soll, vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben.

2. Schwartz, Das Billigkeitsurteil (vgl. §§ 830 Ziff. 2, 832 Ziff. 1): Aus der Entstehungsgeschichte des § 829 ergibt sich, daß diese Bestimmung eine singuläre ist (1—13). Der Bestand der Ersatzforderung ist in das billige Ermessen des Richters gestellt. Der Anspruch entsteht, sobald seine Grundlagen gegeben sind. Die Frage, ob die Billigkeit eine Schadloshaltung fordere, ist objektiv, nach allgemeiner Lebensanschauung zu beantworten, nicht nach subjektivem Empfinden des Richters. Das Gericht entscheidet, wie im Regelfalle über das Verschulden des Beklagten, gerade so im Ausnahmefalle des § 829, darüber, ob diejenigen Billigkeitsgründe vorhanden sind, die nach dem Gesetze die Verurteilung des Beklagten gebieten. Die Frage nach der Entstehung des Anspruchs ist wichtig für die Bestimmung des Beginns der Verjährung. Für die dreijährige Frist des § 852 in Anwendung auf § 829 kommt in Betracht, daß der Anspruch aus § 829 ein bedingter ist, er gelangt zur Entstehung nur, „sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann". Zum Beginne der Verjährung muß erst festgestellt sein entweder durch rechtskräftiges Urteil, daß der aufsichtspflichtige Dritte nach § 832 Abs. 1 Satz 2 nicht ersatzpflichtig ist oder durch die Ergebnisse der Zwangsvollstreckung (Konkurs), daß von dem rechtskräftig zum Ersatze verurteilten Dritten der Schuldbetrag nicht oder nicht vollständig beigetrieben werden kann. Erst wenn dies klargestellt ist, kann ein Ersatzanspruch gegen den unzurechnungsfähigen Schädiger entstehen, es sei denn, daß im gegebenen Falle ein aufsichtspflichtiger Dritter überhaupt nicht vorhanden war. Erst jetzt vermag der durch einen Unzurechnungsfähigen „Verletzte" von der „Person des Ersatzpflichtigen" „Kenntnis" zu erlangen, frühestens auf diesen Zeitpunkt darf der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 zurückverlegt werden. Steht fest, daß der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, so ist damit nur nach der subjektiven Seite hin eine Möglichkeit der Haftbarmachung gegeben. Entstanden zu sein braucht ein solcher Anspruch noch nicht. Er gelangt erst zur Entstehung, wenn die übrigen im Gesetz aufgeführten Voraussetzungen gegeben sind (Billigkeit, Möglichkeit der Schadloshaltung). Es fragt sich nun aber, welcher Zeitpunkt für die vom Richter anzustellenden Billigkeitserwägungen entscheidend ist. Der Zeitpunkt der Tat kann nicht ausschlaggebend sein. Wollte man dies annehmen, so unterstellte man den Regelfall der schuldvollen Schädigung. Da die Klage aus § 829 nur subsidiär ist, so würden, wenn man den Zeitpunkt der Tat entscheidend sein lassen wollte, unbillige Folgerungen sich ergeben, die daraus entstehen, daß erhebliche Vermögensänderungen eintreten können. Der zur Zeit der Tat reiche Schädiger könnte verarmt sein und umgekehrt. Man könnte ferner an den Zeitpunkt der Entstehung des subjektiven Anspruchs denken, das wäre der Eintritt der Rechtskraft des die Klage gegen den Aufsichtspflichtigen abweisenden Urteils usw. Auch dieser Ausweg würde versagen, weil damit noch nicht der Anspruch entstanden ist. Richtig ist es zu sagen: der Ersatzanspruch gegen den unzurechnungsfähigen Schädiger kann in Beziehung auf seine Grundlagen nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden werden. Alle Voraussetzungen müssen gleichzeitig bestehen, nicht gleichzeitig entstehen. Die Grundlagen können vorhanden sein vor Eintritt der negativen Bedingung (Feststellung des Mangels eines Aufsichtspflichtigen, Haftfreiheit oder Insolvenz desselben), dann kommt es darauf an, ob sie bei Eintritt der Bedingung noch bestehen oder bereits wieder fortgefallen sind. Entstehen sie erst nach Eintritt der negativen Bedingung, dann ist der unbedingte Anspruch aus § 829 erst gegeben von dem Zeitpunkt an, in dem die letzte fehlende Voraussetzung entstanden ist und zugleich mit den übrigen

vorliegt. — Der Anspruch kann, seinen stets wandelbaren Voraussetzungen gemäß, auch selbst jederzeit einer Veränderung unterliegen. Verf. kommt zu folgender Konstruktion: Ist infolge der schädigenden Tat eines Unzurechnungsfähigen dem Verletzten ein Anspruch gegen jenen auf Grund des § 829 erwachsen, so kann dieser Anspruch jederzeit, sofern eine Veränderung seiner Grundlagen stattgefunden hat, durch einen anderen Anspruch aufgehoben und abgelöst werden. Dieser neu an die Stelle tretende Anspruch, der seinerseits künftig in gleicher Weise der Aufhebung bzw. Ablösung unterliegt, kann höher, kann aber auch niedriger dem Betrage nach sein, als sein Vorgänger. Jedenfalls handelt es sich um von einander ganz verschiedene selbständige Ansprüche, die nur das Gemeinsame haben, daß sie aus derselben, den Gläubiger schädigenden Tat des zur Zeit der Verübung unzurechnungsfähigen Schuldners abfließen. Die Frage nach dem Beginne der kurzen Verjährungsfrist des § 852 ist dahin zu beantworten: sie beginnt erst mit erlangter Kenntnis des Verletzten von seinem Ersatzanspruche (nach Bestand und Umfang) (13—37). — Eine Identität der Ansprüche ist dann nicht gegeben, wenn die Verhältnisse sich derart geändert haben, daß die Billigkeit eine andere, vielleicht gerade entgegengesetzte Entscheidung fordert und dementsprechend neue Klage erhoben wird. Dem späteren auf Haftbarmachung des Beklagten in größerem Umfange hinauslaufenden Urteile steht die Rechtskraft des früheren Urteils nicht entgegen. Wenn dagegen der Beklagte späterhin verarmt, so gilt zu seinen Gunsten das gleiche. Dem rechtskräftig auf Grund des § 829 zum Schadensersatze Verurteilten erwächst die Bereicherungsklage (38—48; über diese Kondiktion vgl. 49 ff.). — Über Schadensersatzforderungen aus § 829 gegen den Erben vgl. 125. — Prozessuales 144.

3. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 273. Verhältnis zu § 254 (vgl. oben § 254 Ziff. 3a, vgl. auch ebenda Ziff. 6 a): Die weitere Auslegung des § 254, daß dort das Verschulden in einem nicht technischen Sinne zu verstehen sei, rechtfertigt sich aus § 829. Denn wenn nach letzterem der wegen jugendlichen Alters von der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit Befreite gleichwohl aus Billigkeitsgründen zum Ersatz eines von ihm gestifteten Schadens herangezogen werden kann, so muß es um so gewisser möglich sein, einen Ersatzanspruch desselben nach billigem Ermessen zu kürzen oder zu beseitigen, wenn der ihm zugefügte Schaden von ihm mitverursacht oder vorzugsweise verursacht ist. Vgl. JDR. **2** § 829 Ziff. 2, **1** § 829 (Rümelin).

RG. SächsA. **14** 364 s. schon JDR. **2** § 829 Ziff. 2.

§ 830. 1. a) **RG. 58** 357, JW. **04** 486, SächsA. **14** 704, vgl. § 823 Abs. 1 Ziff. 9 b: Die in § 830 Abs. 1 Satz 2 erforderte Gemeinschaftlichkeit der Verursachung umfaßt das bewußte und gewollte Zusammenwirken mehrerer, auch das bloß tatsächliche Zusammenwirken mehrerer, sei es mit nachgewiesenem oder nicht nachgewiesenem Einzelerfolg der Tätigkeit des einzelnen, ja selbst das Zusammenwirken fahrlässiger Handlungen mehrerer, aber immer unter der Voraussetzung, daß der eingetretene Schaden sich als das Produkt der Gesamtwirkung der Handlungen der einzelnen darstellt, also jeder der mehreren tatsächlich zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Gänzlich verschieden hiervon ist der Fall, daß mehrere je eine Handlung begangen haben, die den Schaden hervorgerufen haben kann, die Handlung einer dieser mehreren auch den Schaden erzeugt hat, aber nicht ermittelt werden kann, wer der Urheber der wirklich schadenstiftenden Handlung ist, der wirkliche ursächliche Zusammenhang also nicht bewiesen werden kann. Dieser Gegensatz zur gemeinschaftlichen Verursachung des Schadens im Sinne des § 830 Abs. 1 Satz 1 führt zu der Beteiligung im Sinne des zweiten Satzes. Die Beteiligung besteht darin, daß mehrere eine unerlaubte Handlung begangen haben, die den eingetretenen Schaden

verursachen konnte, daß eine dieser Handlungen, also die unerlaubte Handlung eines dieser mehreren, den Schaden auch wirklich verursacht hat, die Handlung eines jeden der mehreren den Schaden hätte verursachen können, der wirkliche Urheber der schadenstiftenden Handlung aber nicht ermittelt werden kann. Das Zusammentreffen dieser Voraussetzungen führt notwendig auf einen Vorgang, der zeitlich und räumlich die mehreren in eine freilich von der Gemeinschaftlichkeit des Zusammenwirkens des Satzes 1 ganz verschiedene Gemeinsamkeit des Tuns zusammenfaßt, in dessen Bereich der rechtswidrige Erfolg fällt und eine gemeinsame Grundlage des Verschuldens in der von jedem bewirkten Gefährdung findet.

b) OLG. 9 41 (Karlsruhe): Der § 830 Satz 2 greift insbesondere Platz, wenn ungewiß ist, welche Handlung gerade den Schaden verursacht hat, vorausgesetzt immer, daß die sämtlichen Beteiligten nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen (§§ 823 ff.) in concreto ein Verschulden trifft, wie bei Tötung oder Körperverletzung im Raufhandel. Erfordert wird somit nur, daß von den mehreren Beteiligten einer den Schaden verursacht hat, daß der Schaden möglicherweise von einem jeden der auf Ersatz belangten Beteiligten verursacht sein kann und daß in der Person jedes Handelnden, wenn er der Schädigende ist, auch ein Verschulden vorliegt. — Über Raufhandel und eigenes Verschulden vgl. oben § 254 Ziff. 10 f.

2. Schwartz (vgl. § 829 Ziff. 2) 113: Mehrere unzurechnungsfähige Schädiger haften ein jeder nur nach seinen persönlichen und Vermögensverhältnissen, verglichen mit denen des Verletzten. Alle haften also in verschiedenem Umfange, und dieser verschiedene Umfang der Haftung ist bei der Ausgleichung zum Maßstab zu nehmen. Eine Vereinfachung tritt ein, sobald einer der Mittäter zurechnungsfähig oder über 18 Jahre alt war. Dieser Mittäter wird dann auf erhobene Klage in den gesamten Schadenbetrag, und zwar endgültig, verurteilt, die Zwangsvollstreckung wird durchgeführt und kann wegen eines Ausfalls späterhin von neuem vorgenommen werden.

§ 831. 1. Inhalt, Maß der Pflicht. Vgl. IDR. **2** § 831 Ziff. 1.

a) OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 14 ff., 19: Der Geschäftsherr braucht bei einem umfangreichen Betriebe nicht jeden einzelnen Arbeiter persönlich zu überwachen und in jedem einzelnen Falle besondere Anordnungen zu treffen. Er genügt seiner Leitungspflicht, wenn er allgemeine Anordnungen und Vorrichtungen traf, durch deren Beobachtung und Anwendung ein ordnungsmäßiger und sicherer Betrieb gewährleistet war und wenn er zu der Annahme berechtigt war, daß die Anordnungen befolgt werden und die Vorrichtungen sich zweckentsprechend im Gange befinden.

b) OLG. 9 42 (Stuttgart): Bei der Übertragung schwieriger, komplizierter, verantwortungsvoller Verrichtungen wird ein positiver Nachweis dafür zu verlangen sein, daß die bestellte Person die ausreichende fachmännische und individuelle Befähigung zu solchen Arbeiten besitzt; handelt es sich aber um ganz einfache Verrichtungen, so kann das Gericht ganz wohl nach seiner freien Überzeugung den Beweis, daß den Geschäftsherrn keine Schuld in der Auswahl trifft, ohne weiteres als geführt ansehen, wenn der Arbeiter nach seinem Beruf für die Aufgabe geeignet erscheint, wenn diese Aufgabe überhaupt keine Fachkenntnisse oder technische Geschicklichkeit verlangt und der Beauftragte nach Alter und Geschlecht der Verrichtung gewachsen ist, auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß besondere Gründe (z. B. Trunksucht, Leichtsinn, Vergeßlichkeit des Angestellten u. dgl.) bestanden, die den Geschäftsherrn hätten abhalten sollen, die Verrichtung der Person zu übertragen. — Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist vom RG. zurückgewiesen.

RG. R. **04** 193, PosMschr. **04** 22: Bei untergeordneten einfachen Diensten (Streuen bei Glätte durch den Hausdiener im Auftrage des Hauseigentümers) ist eine stete, auf jede Einzeltätigkeit sich erstreckende Überwachung des Beauftragten nicht geboten; es ist vielmehr stets auf Grund der Lage des einzelnen Falles zu prüfen, ob der Auftraggeber Anlaß hatte, an der gehörigen Ausführung seines Auftrags zu zweifeln.

c) OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 14: Die Auffassung, daß der Geschäftsherr bei Auswahl des Angestellten die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, ist selbst dann begründet, wenn der Angestellte bei einem Vorfalle pflichtwidrig gehandelt haben sollte. Denn der eine Vorfall widerlegt nicht rückwärts die Annahme, daß der Angestellte zur Zeit seiner Anstellung und bis zu dem Vorfall im allgemeinen die zur Versehung seiner Stelle erforderlichen Eigenschaften besessen habe und daß der Geschäftsherr ihr Vorhandensein bei ihm voraussetzen durfte. Hierauf allein aber kommt es an.

d) OLG. **9** 42 Anm. 1 (**RG.**): Gerüstverleiher werden durch die Bestellung eines Vertreters allein noch nicht von der ihnen nach der Polizeiverordnung obliegenden Verantwortung frei; sie haben vielmehr nachzuweisen, daß der Vertreter nicht nur befähigt war, jene Polizeivorschriften zu erfüllen, sondern daß er auch zu dieser Erfüllung bestellt worden, sei es, daß er nach dieser Richtung ausdrücklich angewiesen war oder daß der Verpflichtete davon ausgehen durfte, jener kenne die Vorschriften und werde sie erfüllen. Dem § 831 Satz 2 ist erst dann genügt, wenn der Verpflichtete nicht nur die Fähigkeit, Sachkunde und Erfahrung, sondern auch die Zuverlässigkeit des Vertreters geprüft hat.

e) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 187: Durch Erkundigung über die anzustellende Person wird der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt genügt, wenn die Anstellung auf Grund einer günstigen Auskunft erfolgte.

2. Personenkreis. JDR. **2** § 831 Ziff. 2.

a) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 69: Zu einer Verrichtung bestellt ist derjenige, der von einem Geschäftsherrn als Gehilfe bei Verrichtung einer Tätigkeit angenommen wird, der nicht nach eigenem Ermessen, sondern auf Geheiß und Anordnung des Geschäftsherrn tätig wird. Vgl. JDR. **1** § 831 Ziff. 4.

b) **RG.** JW. **04** 165: Der Hausmeister eines Postgebäudes ist zur Ausführung bestimmter Verrichtungen angestellt. Vgl. JDR. **2** zu § 831 Ziff. 2.

c) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 69: Ein Chausseewärter und Distriktsaufseher ist eine im Sinne des § 831 angestellte Person.

d) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1057, JW. **04** 233: Ein von der Stadt angestellter und besoldeter Polizeidiener ist nicht Vertreter der Stadt. Für Versehen bei Ausübung der öffentlich-rechtlichen Amtsgewalt haftet der Beamte selbst, nicht der Staat oder die Gemeinde, von der sie angestellt sind. Vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 598.

OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 167: Haftung einer Stadtgemeinde für ihre Ortsarmenpfleger.

3. Beweis und Gegenbeweis.

a) **RG. 59** 203, JW. **04** 572: Die Frage, ob derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, ist durch das Gericht zu beantworten; es müssen ihm also diejenigen Tatsachen unterbreitet werden, die ihm ein Urteil darüber ermöglichen, ob die bestellte Person zu der ihr übertragenen Verrichtung nach ihrer Befähigung und Verläßlichkeit geeignet war, oder ob sie nach Lage der Sache derjenige, welcher sie zu der Verrichtung bestellt hat, wenigstens ohne Verschulden als geeignet ansehen durfte.

b) **RG.** JW. **04** 361: Wenn das Gesetz dem Geschäftsherrn die Verpflichtung auferlegt, durch Darlegung der konkreten Verhältnisse, die zu der Auswahl des Angestellten geführt haben, die ihm entgegenstehende allgemeine gesetzliche Vermutung seiner Verschuldung zu entkräften, dann kann es nicht zulässig erscheinen, daß dieser Gegenbeweis durch allgemeine aus der Natur des Unternehmens geschöpfte Erwägungen für geführt erachtet wird; damit wäre der Bestimmung des § 831 der Boden entzogen.

4. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 882, 885; vgl. oben § 278 Ziff. 2, § 823 Abs. 1 Ziff. 9 c β: Aus § 278 folgt nicht etwa, daß für ein Verschulden des Vertreters der Vertretene allein die Verantwortlichkeit trägt. Neben die vertragliche Haftpflicht des Vertretenen tritt die außerkontraktliche des Vertreters.

5. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **2** § 831 Ziff. 5.

a) § 831 in Anwendung auf die Haftung der Kleinbahnen.

*Fuld, EisenbE. **20** 186: Bei der Anwendung des § 831 auf die Haftung der Kleinbahnen für Sachschaden darf von dem Geschäftsherrn nicht die Anwendung einer Sorgfalt verlangt werden, welche auch mit den unwahrscheinlichsten und entferntesten Möglichkeiten und Gefahren rechnet, vielmehr ist der an die Sorgfalt anzulegende Maßstab den normalen Verhältnissen anzupassen; wer mit den normalen Gefahren rechnet und die entsprechenden Anordnungen trifft, genügt seiner Pflicht; die Interpretation, welche den Begriff „im Verkehr erforderlich" mit dem Begriffe „vom Verkehr erfordert" identifiziert, ist nicht zu billigen, weil sie auch dazu führen würde, die Anpassung an einen eingerissenen Schlendrian als genügend zu betrachten. Der Richter darf den Maßstab nicht nach seiner subjektiven Auffassung normieren und nicht außer acht lassen, daß die Durchschnittsmenschen keine Übermenschen sind; denn gewiß ist es falsch, aus der Tatsache, daß die Verwaltung der Kleinbahn einen bereits mehrfach in disziplinarischer Hinsicht Bestraften nicht entläßt, eine Verletzung der dem Geschäftsherrn obliegenden Sorgfalt abzuleiten. Die Rechtsprechung muß auch auf die Wahlsituation Rücksicht nehmen und bei der Prüfung der Frage, ob die Sorgfalt verletzt wurde, nicht außer acht lassen, dem Umstande Beachtung zu schenken, welches Menschenmaterial dem Geschäftsherrn bei der Auswahl zur Verfügung steht.

b) **RG.** JW. **04** 288, DJZ. **04** 602, SeuffBl. **04** 328, ElsLothrJZ. **29** 552, PuchelsZ. **35** 391, vgl. JDR. **2** § 831 Ziff. 5b: Haftung des Eigentümers eines Automobils für seinen Wagenführer. Das RG. führt über die Haftung folgendes aus: Bei der großen Gefahr, die dem Verkehr durch die Automobile droht, der offenkundigen Neigung vieler Führer, sich über die polizeilichen Vorschriften hinwegzusetzen und die Sicherheit des Publikums niedriger zu stellen, als die Schnelligkeit ihrer Fuhrwerke, bei ihrer natürlichen Lust, die Kraft eines solchen Gefährts auch spielen zu lassen, sind an die Sorgfalt in der Auswahl der Wagenführer ganz besonders strenge Anforderungen zu stellen; außer technischer Geschicklichkeit und Bekanntschaft mit den Polizeivorschriften kommen auch moralische Eigenschaften: Besonnenheit, Charakterstärke und Bewußtsein der Verantwortlichkeit, die der Wagenführer im Hinblick auf die Gefahren für den Verkehr dem Publikum gegenüber auf sich nimmt, nicht nur das Vermögen, sondern auch der ernste, aus der Achtung vor der öffentlichen Ordnung und vor der Persönlichkeit der Mitmenschen entspringende Wille, jede Gefährdung anderer Personen zu vermeiden, in Betracht. (Vgl. AG. Straßburg, PuchelsZ. **35** 669.)

c) Haftung der Notare für Gehilfen oben § 278 Ziff. 5, unten zu § 839.

Oertmann, ZBlFrG. **4** 771 ff., 775: § 831 findet Anwendung bei der Haftung des Notars für seinen Substituten und Gehilfen. Vgl. oben § 278 Ziff. 5.

d) OLG. **9** 22, WürttJ. **16** 20 (Stuttgart) s. bereits JDR. **2** zu § 831 Ziff. 6 b.

e) **RG.** DJZ. **04** 69: Für Unfälle der Reisenden bei den Zu- und Abgängen auf den Bahnhöfen haftet die Eisenbahn nach dem Vertrage. Der Grundsatz gilt nicht, wenn der Reisende auf dem Zuwege zum Fahrkartenschalter sich befindet und dabei infolge baulicher oder sonstiger mangelhafter Anlagen des Bahnhofs verunglückt, bevor er durch Lösung der Fahrkarte den Vertrag geschlossen hat. In einem solchen Falle steht der Eisenbahn der Schutz des § 831 zur Seite.

f) **RG.** JW. **04** 141, Gruchots Beitr. **48** 901, vgl. § 278 Ziff. 7 b β: Der Vermieter, welcher für Herstellung eines gefahrlosen Durchganges durch den Hausflur zu sorgen hat, haftet für das Verschulden seines Hausverwalters nach § 278 BGB.; er kann sich nicht nach § 831 exkulpieren.

g) Fuhrunternehmer.

RG. JW. **04** 471, SächsA. **14** 566: Ein Kutschereibesitzer hat bei Auswahl seiner Angestellten (Kutscher) mit besonderer Sorgfalt zu verfahren. Das Maß der Sorgfalt wird nicht überspannt, wenn verlangt wird, daß der Kutschereibesitzer sich bei der Polizeibehörde oder dem am gleichen Orte wohnenden früheren Dienstherrn erkundigen müsse.

OLG. Colmar, R. **04** 631: Eine Verletzung der dem Geschäftsherrn bei der Auswahl der bestellten Person im Verkehr obliegenden Sorgfalt kann darin liegen, daß ein Fuhrunternehmer einem bisher nur mit Lenken von Frachtfuhrwerken beschäftigt gewesenen Kutscher die Leitung eines Personenfuhrwerkes anvertraut.

h) OLG. Colmar, R. **04** 447: Dem Erfordernisse der im Verkehre gebotenen Sorgfalt bei der Auswahl eines Arbeiters ist nicht genügt, wenn sich die Gesellschaft bei den Arbeiten eines zwar mit den nötigen technischen Fertigkeiten ausgestatteten, aber jugendlichen, in derartigen Verrichtungen unerfahrenen Arbeiters bedient.

i) OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 14: Zu einer Verrichtung bestellt ist ein Schachtmeister, der beim Bau einer Eisenbahn zur Leitung von Sprengarbeiten angestellt ist. Überläßt der Geschäftsherr die Anstellung der gewöhnlichen Arbeiter dem Schachtmeister, so bestand die dem ersteren obliegende Verpflichtung darin, daß er bei Auswahl der mit dieser Anstellung betrauten Person auch darauf bedacht sein mußte, daß diese die zur richtigen Auswahl der Arbeiter zur Beurteilung ihrer technischen und Charaktereigenschaften nötige Gewissenhaftigkeit besitze.

k) OLG. Braunschweig, R. **04** 333: Ist jemand bei Eingehung des Vertrags durch den Vertreter der anderen Vertragspartei getäuscht und dadurch geschädigt, so muß der Vertretene die von dem Vertreter geübte Täuschung sich zurechnen lassen, so daß der Vertrag angefochten werden kann. Ist der Vertrag angefochten und wird Schadensersatz verlangt, so läßt sich dieser Anspruch auf den Vertrag, da dieser von Anfang an nichtig ist, nicht stützen. Auf die von dem Vertreter begangene unerlaubte Handlung aber läßt sich die Haftung des Vertretenen nicht erstrecken; hat der Vertreter gegen § 823 oder § 826 verstoßen, so ist der Vertretene nicht zum Schadensersatze heranzuziehen — er müßte denn als Anstifter oder Gehilfe beteiligt sein (§ 830). Dagegen kann, wenn der Vertretene zu der Vertretung Vollmacht erteilt hat, der Schadensersatzanspruch aus § 831 hergeleitet werden. Durch die Vollmachtserteilung hat er

den Vertreter zu einer Verrichtung — Abschluß des Vertrags — bestellt, und wenn dieser den Mitkontrahenten bei Eingehung des Vertrags getäuscht und dadurch geschädigt hat, so hat er ihm in Ausführung jener Verrichtung widerrechtlich Schaden zugefügt, für den der Vertretene aufzukommen hat, wenn er sich nicht nach § 831 Abs. 1 Satz 2 rechtfertigt.

§ 832. 1. Schwartz 116 (vgl. § 829 Ziff. 2): Neben dem Anspruche gegen den unzurechnungsfähigen Schädiger besteht der nicht oder nicht voll befriedigte Anspruch des Verletzten gegen den aufsichtspflichtigen Dritten fort. Beide haften nach außen als Gesamtschuldner. Doch können die Vorschriften über das Gesamtschuldverhältnis nur mit ganz erheblichen Einschränkungen angewandt werden. Näheres hierüber 117—125.

2. Maß der Aufsichtspflicht.

a) **RG.** JW. **04** 202 (vgl. oben zu § 828): Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht im allgemeinen müssen einerseits nach verständigem Ermessen für gute Erziehung der Kinder bedachter Eltern, andererseits auch nach den Grenzen der Möglichkeit bemessen werden. Sie gestalten sich selbstverständlich verschieden je nach der Individualität der Kinder. Erheblich für die Entlastung des Vaters können auch „im Betragen günstige Schulzeugnisse" sein.

b) OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 88, vgl. JDR. **1** § 832 Ziff. 4: Die Erfüllung der Aufsichtspflicht fordert nicht ein beständiges persönliches Aufpassen des Pflichtigen, sondern nur allgemeine Vorkehrungen, die nach der Auffassung des Lebens geeignet sind, die Beaufsichtigung zu sichern.

Der Ehemann haftet aus seiner Aufsichtspflicht nicht für eine unbesonnene Handlung seiner Frau, die außer seiner Gegenwart vorgenommen wird und von ihm nicht verhindert werden kann.

c) **RG.** u. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 51, vgl. JDR. **1** § 832 Ziff. 4: Eine erhöhte Aufsichtspflicht ist erfordert, wenn der Sohn vom 14. Lebensjahr an bestraft wird.

Über elterliche Aufsichtspflicht vgl. auch oben § 276 Ziff. 5 h.

d) Gerhard, ZVersWiss. **04** 414: Besprechung der Entscheidung des **RG.** **50** 62, vgl. JDR. **1** § 832 Ziff. 4.

e) **RG.** R. **04** 252 s. schon JDR. **2** § 832 Ziff. 1 a.

§ 833. 1. Isay, Gruchots Beitr. **48** 511, wiederholt seine in DJZ. **03** 399 gemachten Ausführungen, vgl. über diese JDR. **2** § 833 Ziff. 2.

2. LG. Stendal, NaumbAK. **04** 53: Ein Versehen ist nicht Vorbedingung der Haftung des Tierhalters, die Haftung tritt ohne Rücksicht auf ein Verschulden ein. Es wird nicht nur für den durch das Tier angerichteten unmittelbaren Schaden, sondern auch für den mittelbaren Schaden gehaftet.

3. Stierle: Grund der Haftung aus § 833 ist die Gefährdung (19—28): Zu den Tieren i. S. des § 833 gehören auch die Bakterien 128 ff. (vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 11 a). Der Tierhalter haftet nur für solche Körperbewegungen, durch welche eine spezifische Betriebsgefahr verwirklicht worden ist; eine spezifische Betriebsgefahr ist dann nicht verwirklicht, wenn die betreffende Körperbewegung dem Willen eines Menschen gefolgt ist. Für gelenkte und überhaupt menschlicher Anweisung folgende Tiere ist nie eine Haftung nach § 833 begründet, während für alle anderen tierischen Körperbewegungen, insbesondere auch Reflexbewegungen, dann Tierhaftung eintritt, wenn sie in adäquatem Kausalzusammenhange zum Haftung begründenden Vorgang stehen (52). Über tierische Unterlassungen (52 ff.). Tierhalter ist derjenige, welcher in seinem Interesse die zum Zwecke dauernder Ausnutzung eines Tieres erforderlichen Maßnahmen trifft oder (durch Hilfskräfte) für sich treffen läßt (73 ff.). Der Tierhalter muß stets Besitzer des Tieres, sei es unmittelbarer oder mittelbarer, sein. Der Besitzdiener ist nie

Tierhalter (77 ff.). Eine Tierhaltung kann jeder begründen, bei dem nach seinen individuellen Fähigkeiten das Vorhandensein des Willens zur dauernden Ausnutzung bejaht wird. Es können auch Fälle vorkommen, wo ein solcher Wille bei Geschäftsunfähigen vorhanden ist (83 f.). Der Verletzte muß beweisen, daß der Beklagte im Zeitpunkte der tierischen Schadenszufügung Tierhalter war. Die Vermutungen des § 1006 kommen dem Verletzten nicht zustatten, da sie nur zugunsten eines Besitzers gelten. Über Anwendung der §§ 254 u. 833 (85 ff.); Einschränkung des Grundsatzes der Haftbarkeit bei freiwilligem Aufsuchen eines Gefahrenkreises (96). Über Haftung bis zur höheren Gewalt 104 f; vgl. IDR. 2 § 833 Ziff. 9.

4. *Litten a. a. O.

a) Die Deutung des Begriffs Tier muß im Anschluß an die naturwissenschaftliche Lehre, nicht an den sog. Sprachgebrauch des täglichen Lebens gesucht werden (16/19).

b) Hinsichtlich der tierischen Verletzungsakte ist eine Vergrößerung des nach dem Wortlaute des Gesetzes geschützten Rechtsgüterkreises abzulehnen (19/21). Insbesondere darf die Sachbeschädigung nicht zur Vermögensbeschädigung erweitert werden; hingegen erscheint die Einbeziehung der Sachzerstörung und der Sachentziehung nach Analogie der allmählichen Ausdehnung der actio legis Aquiliae unbedenklich (21/23).

c) Die Zurechnung des Anfangserfolges (Tötung, Körperverletzung usw.) kann nur erfolgen, wenn dieser erstens auf Grund der ex ante allgemein erkennbaren Bedingungen nach der Regel des Lebens zu erwarten war und wenn er sich zweitens als Realisierung der spezifischen Betriebsgefahr darstellt. Beide Erfordernisse sind aus dem Prinzipe der Gefährdungshaftung zu begründen. Die spezifische Betriebsgefahr ist die differentia specifica der tierischen Energie gegenüber anderen von Menschen benutzten Energien. Die eigenartige tierische Gefährlichkeit aber ist zu erblicken in der lokomobilen oder lokomotorischen Energie, welche auf Reize hin sich auslöst, durch Motive nicht determinierbar ist, und als solche unberechenbarer erscheint, wie die gesetzmäßig auf Stoß und Gegenstoß zurückzuführende mechanische und wie die durch normale Motive regulär determinierbare und daher im Wege des Analogieschlusses meist berechenbare menschliche Energieentfaltung (71/80). — Um einen Anfangserfolg gemäß § 833 zurechnen zu können, müssen also die beiden oben geforderten Momente vorhanden sein, und es bedarf daher eines doppelten Eliminationsverfahrens bei der Generalisierung des Einzelfalls (80/83).

Im Ergebnisse stimmt hiermit ungefähr die reichsgerichtliche Judikatur überein (Urteile vom 6. und 20. 2. 1902 und 26. 2. 1903). Doch wird dort das Kriterium der spezifischen Tiergefahr mit dem der adäquaten Kausalität teils vermengt, teils verwechselt und mit dem Begriff des „willkürlichen" tierischen Tuns operiert, was notwendig in die Irre führen muß (869/2).

➺ Inzwischen hat sich übrigens das RG. in dem Urteile v. 30. 1. 05 (IW. **05** 174/175 Nr. 6 Ziff. 16) der in der Littenschen Schrift aufgestellten Theorie der „spezifischen Tiergefahr" ausdrücklich angeschlossen. Des weiteren wird in dem zitierten Erkenntnisse zwar noch mit dem Merkmale der „willkürlichen Tierestat" operiert, aber jetzt bereits in so vorsichtiger Beschränkung, daß demnächst ein völliges Aufgeben dieses theoretisch verfehlten und praktisch wenig brauchbaren Begriffs erhofft werden darf. ⇽

Der Begriff der „höheren Gewalt" ist für die Zurechnung des Anfangserfolges ohne selbständige Bedeutung (96/98). Die Mitverursachung durch den Verletzten kann einmal überhaupt die Adäquanz ausschließen (98/100) oder zweitens nach Maßgabe des § 254 BGB. da von Bedeutung werden, wo der

Anfangserfolg selbst sich als alleiniger Schaden des Verletzten darstellt und keine weiteren rechtlich interessierenden Wirkungen hat (101/104).

d) Die Zurechnung bis zum Enderfolge hat bei dem für den Anfangserfolg Verantwortlichen dann zu erfolgen, „wenn sie auf Grund der . . . einem Normalmenschen im Augenblicke des Anfangserfolges ex ante erkennbaren Bedingungen nach der Regel des Lebens zu erwarten waren; ohne Rücksicht hierauf sind dem Möglichkeitsurteil stets zugrunde zu legen die Besonderheiten des physischen und wirtschaftlichen Organismus des Verletzten" (104/109).

e) Der Tierhalter ist weder mit dem Eigentümer (110/115) noch mit dem Eigenbesitzer (115/119) noch mit irgendeiner Schattierung des Fremdbesitzers (120/124) zu identifizieren, er kann überhaupt nur e ratione legis ermittelt werden (125/132). Die sich danach ergebende, auch auf die positive Bestimmung des § 834 BGB. gebührend Rücksicht nehmende Formel lautet: „Derjenige Gewalthaber des Tieres ist Tierhalter, von dessen Standpunkte aus auf Grund der . . . ex ante bei normaler Einsicht und Umsicht erkennbaren Bedingungen der sich als eine Realisierung der Tiergefahr darstellende Anfangserfolg adäquat verursacht erscheint. Ergeben sich danach mehrere Tierhalter verschiedener juristischer Gradesnähe, so ist nur der juristisch Nächststehende Tierhalter. — Hat jedoch der Gewalthaber lediglich die vertragliche Pflicht der Aufsichtführung über das Tier, so haftet er überhaupt nicht, wenn er dartut, daß er bei der Führung der Aufsicht über das Tier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Andernfalls haftet er bei der Realisierung einer Betriebsgefahr, die auf Grund der nur . . . von seinem Standpunkt aus ex ante normalerweise erkennbaren Bedingungen als adäquat verursacht erscheint, allein, im übrigen mit dem Tierhalter als Gesamtschuldner."

f) Der § 833 stellt nach der Terminologie des BGB. den Tatbestand einer „unerlaubten Handlung" dar (arg. § 840 BGB.), aber nicht den eines zivilrechtlichen Delikts, d. h. einer schuldhaften unerlaubten Handlung. Daher finden hier nicht die §§ 827/829 BGB., wohl aber die §§ 830, 842/847, 848/851, 852; 1415, 1463, 1536 BGB., Art. 12 EGBGB. und der § 12 ZPO. Anwendung (133/140).

g) De lege ferenda, s. Litten, DJZ. **05** 339/343.

5. Francke, AzivPr. **96** 144 ff., tritt Unger und Schneider (vgl. JDR. 2 § 833 Ziff. 4 und 7 b) entgegen, welche den § 833 als eine harte, gegen Tierhalter mitleidlose Bestimmung bezeichnen. Gebührendermaßen ausgelegt, wird § 833 bei gehöriger Würdigung des bezüglichen Tatbestandes wohl immer zu Entscheidungen führen, welche der Vernunft entsprechen und auch nicht „antisozial" sind. Die Gesetzesmaterialien ergeben nichts für eine Auslegung des § 833. Durch ein Tier verletzt bedeutet, daß vom Tiere die zur Verletzung treibende Kraft ausgehen muß, lediglich oder doch wesentlich. Das Tier braucht nicht etwa mit seinem Körper unmittelbar die Verletzung bewirkt zu haben (vgl. **RG. 50** 219, JDR. **1** § 833 Ziff. 5). Auch dann kann eine Verletzung durch ein Tier geschehen sein, wenn zwischen jener und des Tieres Tätigkeit als Mittelglied die Handlung eines Menschen auftrat; es setzt dies allerdings voraus, daß der Entschluß zu dieser Handlung lediglich oder wesentlich als natürliche Folge der Tätigkeit des Tieres bzw. der mit solchen gegebenen anderen Vorgänge sich darstellt, d. h. als eine Tatsache, wie sie nach allgemeiner Erfahrung solcher Tätigkeit unter gleichen Umständen regelmäßig zu folgen pflegt. Das Tier muß wesentlich aus eigenem Antriebe gehandelt haben (vgl. **RG. 50** 181).

§ 833 sagt nicht, daß die Verletzung ausschließlich durch das Tier verursacht sein müsse. Der Tierhalter haftet nach § 833 auch, wenn das Tier nicht

allein, sondern mit anderen Kräften zusammen die Ursache der schädigenden Verletzung war. Dies liegt vor, wenn mehrere Tiere durch verschiedene, aber gleichzeitige Angriffe einen Menschen oder eine Sache verletzten und durch die Verletzung einheitlich schädigten; solchenfalls haften, wenn die Tiere verschiedenen Personen zugehören, die letzteren nach § 840 als Gesamtschuldner. — Dies liegt auch vor, wenn neben der Tätigkeit des Tieres eine schuldhafte Handlung des Beschädigten selbst Ursache der schädigenden Verletzung ist. § 254 findet im § 833 Anwendung (vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 10, vgl. unten Ziff. 11.)

Auch bei Verletzung eines Kindes unter sieben Jahren kann das Tun dieses Kindes eine nach § 254 wirksame Mitursache der Verletzung sein. Verf. wendet sich gegen die abweichende Entscheidung des **RG. 54** 407 (JDR. **2** § 833 Ziff. 9 b). Verf. tritt der Entscheidung des **RG. 50** 244 (JDR. **1** § 834 Ziff. 2) bei. § 833 ist nicht zwingendes Recht; Vertrag kann daher die Anwendung des § 833 ausschließen, soweit der Ausschluß nicht etwa wider die guten Sitten oder wider ein den Schutz des Gefährdeten bezielendes besonderes Gesetz verstoßen würde. Die Anwendung des § 833 wird auch oftmals als stillschweigend durch einen Vertrag ausgeschlossen anzusehen sein. Ein Vertrag ist zwischen A. und B. auch geschlossen, wenn A. den B., sei es gegen oder sei es ohne Vergütung auf sein Gefährt aufnimmt zu gemeinsamer Weiterfahrt. Der Vertrag kann nicht dahin ausgelegt werden, daß die Vorteile der Fahrt auch zugunsten des B., Gefahren der Fahrt aber nur zu Lasten des A. sein sollen, versteht sich, daß A. diese Gefahren dem B. nicht absichtlich oder fahrlässigerweise verbarg. Dies trifft auch den Fall des **RG. 54** 73. Vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 9 b.

6. *Goetze, Gesetz und Recht **6** 91 f.

a) Der Ausdruck „dem Verletzten" ist weder erschöpfend noch in jedem Falle zutreffend; an seiner Stelle müßte es heißen: „dem Berechtigten".

b) Die Anschauung der Rechtsprechung, welche ein „willkürliches Handeln" des Tieres, ein selbständiges Tun als Ausfluß der tierischen Natur des sich selbst überlassenen Tieres fordert, welches das Subjekt des Schadens sein muß, entspricht weder dem Wortlaute des Paragraphen noch der in seiner Entstehung bekundeten Absicht des Gesetzgebers. Es hätte dann statt „durch" der Ausdruck „von" gewählt sein müssen. Der Grundsatz des reichsgerichtlichen Urteils v. 26. 2. 03 (**RG. 54** 73), daß ein willkürliches Handeln des Tieres nicht vorliege und sonach die Haftung des Tierhalters ausgeschlossen sei, wenn auf den Körper und die Sinne eines durchgehenden Pferdes ein äußeres Ereignis mit solcher Gewalt eingewirkt hat, daß es nach den physiologischen Gesetzen seiner Gattung diesem Zwange nicht widerstehen konnte, und dadurch Schaden angerichtet worden ist, erscheint unhaltbar. Diese analoge Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, welche den Strafhandlungen Straflosigkeit bewilligen und Willenserklärungen für nichtig erklären, wenn sie in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wodurch die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist, vorgenommen sind (StGB. § 51, ZPO. § 105 Abs. 2), ist um so weniger begründet, als Pferde nach Rasse, Abstammung, Erziehung, Trainierung usw. ganz verschiedenartige Tiere sind, so daß die einen im stärksten Geschützdonner nicht unruhig werden, während andere schon vor dem geringsten Geräusch erschrecken.

7. Begriff des Tierhalters. Vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 7.

a) *Kleefeld, Begriff des Tierhalters 25: Tierhalter ist derjenige, welcher im eigenen Interesse auf gewisse Dauer ein Tier besitzt. Für den Begriff der Dauer läßt sich eine fest bestimmte zeitliche Abgrenzung nicht aufstellen.

Es ist vielmehr Frage des Einzelfalls, inwieweit in der schon verstrichenen Zeit eine gewisse Dauer zu erkennen ist, und inwieweit die Absicht des Tierhalters geht, die Dauer der Beziehung auf die Zukunft zu erstrecken (26). Im Hinblick auf §§ 866, 868 sind mehrere Tierhalter denkbar (42 ff.).

Der Haftung aus § 833 liegt eine unerlaubte Handlung des Tierhalters im Sinne des BGB. ebensowenig zugrunde, wie ein Delikt des Tieres, für welches der Halter verantwortlich wäre (57). Der Rechtsgrund des § 833 liegt in der Gefährdung des Publikums durch das Tier (64).

Durch Subsumtion des § 833 unter den Titel „unerlaubte Handlungen" soll ausgedrückt werden, daß sich an den Tatbestand des § 833 die Folgen der unerlaubten Handlungen anknüpfen (73); ausgenommen sind jedoch diejenigen Normen des 25. Titels, welche Konsequenzen des Verschuldungsprinzips bilden (80).

Durch § 254 wird die Haftung aus § 833 modifiziert. Höhere Gewalt, unter deren Einfluß das Tier den Schaden herbeigeführt hat, hebt nach der Praxis des Reichsgerichts die Haftpflicht auf.

b) Nach *Hagelberg, Begriff des Tierhalters, ist der gewöhnliche Sprachgebrauch zur Erklärung dieses Begriffs als zu farblos und unjuristisch nicht ausreichend; vielmehr ist der Begriffsinhalt in Anlehnung an das der Vorschrift des § 833 zugrunde liegende Rechtsprinzip des aktiven Interesses und an die analogen Vorschriften des § 831 BGB. und der §§ 1 u. 2 des Haftpflichtgesetzes dahin zu bestimmen, daß als Tierhalter der Unternehmer des Betriebs zu betrachten ist, in welchem das Tier genutzt wird, also derjenige, auf dessen Rechnung es verwendet wird.

c) OLG. Zweibrücken wie **RG. 52** 117 (vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 7). Ebenso OLG. **9** 42 (Kassel).

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 163 (vgl. JDR. **2** § 833 7a): Das „eigene Interesse", welches der Tierhalter i. S. des § 833 an der länger dauernden Gewährung von Obdach, Pflege und Unterhalt haben muß, darf nicht darin erblickt werden, daß der Besorger des Tieres für diese Besorgung eine geldwertige Vergütung (Geld, Kost und Wohnung, Ackernutzung u. a.) bezieht. Vielmehr muß dieses Interesse — abgesehen von einem für § 833 ebenfalls genügenden Vergnügensinteresse — ein eigentliches Unternehmerinteresse im Sinne der Volkswirtschaft bzw. der Sozialgesetzgebung sein. So erscheint derjenige der Tierhalter, welcher ein — im Eigentum eines anderen stehendes — Tier hält, um aus dessen Zurschaustellung (Menagerie usw.), aus dessen Zugkraft (Fuhrunternehmung), aus dem Betriebe der Viehzucht (Gewinnung von Milch, Wolle, Nachzucht usw.) den Gegenstand eines gewerblichen Unternehmens zu machen. Demzufolge scheiden alle jene Fälle aus dem Anwendungsgebiete des § 833 aus, bei welchen der Besorger des Tieres, obschon er für diese Besorgung wenigstens implizite eine Geldvergütung vom Eigentümer bezieht, nicht als selbständiger Unternehmer die Obsorge für das Tier übernimmt (z. B. Pferdeknecht, **RG. 50** 252 — JDR. **1** § 834 Ziff. 2 —). Als Tierhalter gilt auch derjenige, der die Haltung eines Gemeindefarrens übernimmt. Hier ist nicht die Gemeinde als Tierhalter anzusehen.

d) **RG.** JW. **04** 408, Gruchots Beitr. **48** 926, SächsA. **14** 488: Wird bei einer staatlichen Pferdemusterung jemand durch ein Pferd verletzt, so ist nicht der Staat, sondern der das Pferd zur Musterung stellende Eigentümer bzw. Besitzer Halter des Tieres. Darauf, zu welchem Zwecke das Tier in dem Augenblicke, wo es den Schaden anrichtete, gerade gebraucht wurde, kommt es nicht an. JDR. **2** § 833 Ziff. 7a.

Weder aus dem Inhalte des § 833 noch aus allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen oder öffentlichen Rechtes kann eine Befreiung des Tierhalters

von der Haftung wegen Tierschadens für den Fall hergeleitet werden, wenn das Tier den Schaden anläßlich oder während einer Funktion angerichtet hat, zu welcher es von dem Tierhalter in Befolgung einer behördlichen Anordnung, in Erfüllung einer ihm obliegenden gesetzlichen Verpflichtung gebraucht wurde.

8. Kausalzusammenhang (durch ein Tier). Vgl. JDR. 2 § 833 Ziff. 8.

a) OLG. Karlsruhe, R. **04** 603, BadRpr. **04** 299: Eine Verursachung des Schadens (Verletzung infolge eines Sturzes beim Ausweichen und Wegspringen) durch das Tier liegt auch dann vor, wenn weder eine unmittelbare noch eine mittelbare (durch andere körperhafte Gegenstände fortgepflanzte) physikalische Stoßwirkung des Tierkörpers auf den Körper des Verletzten stattgefunden hat. Es genügt für den Kausalnexus, wenn der Verletzte durch ein drohendes Verhalten des Tieres (z. B. Heranspringen eines bellenden Hundes, Ausschlagen eines Rindes oder Pferdes) zur schleunigen Flucht genötigt wurde, wobei er sich dann (durch Sturz oder Anstoß) die Verletzung zuzog. Von einer „freien Handlung" eines Menschen, durch welche allerdings die juristische Ursachenverkettung zwischen dem Verhalten des Tieres und der Verletzung unterbrochen, d. h. aufgehoben würde, kann in solchen Fällen nicht geredet werden; dagegen ist die Frage zu erwägen, ob nicht übergroße Ängstlichkeit und Kopflosigkeit auf seiten des Verletzten mitwirkte.

b) OLG. **9** 44, HansGerZ. **04** Beibl. 5 (Hamburg): Wird durch das Anbellen eines Hundes ein Pferd scheu, springt zur Seite und verletzt einen Menschen, so ist der Schaden nicht durch den Hund, sondern durch das Pferd herbeigeführt. Vgl. zu diesem Urteile Gerhard, ZVersWiss. **4** 418. Dort ist 417 ein weiterer Fall, in welchem das LG. Oldenburg den § 833 nicht angewandt hat, mitgeteilt.

c) **RG.** JW. **04** 356, Gruchots Beitr. **48** 871, vgl. JDR. **1** Ziff. 5 zu § 833 (**RG. 50** 219), **2** Ziff. 8 zu § 833: Der Tierhalter haftet auch dann, wenn der Verletzte durch sein Eingreifen den Unfall herbeigeführt hat, wenn dieses Eingreifen in Erfüllung einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht zum Schutze anderer zur Abwendung einer gemeinen Gefahr erfolgte.

9. Willkürliche Tätigkeit des Tieres. Vgl. JDR. 2 § 833 Ziff. 9.

a) OLG. Stuttgart, R. **04** 335, WürttJ. **15** 302: Die Haftung des Tierhalters ist nur dann begründet, wenn der Schaden durch eine selbständige, willkürliche Tätigkeit des Tieres entstanden ist. Vgl. auch OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 18 unter Ziff. 10b; LG. Konstanz, BadRpr. **04** 201.

OLG. Cöln, RheinA. **100** I 122: Der Tierhalter haftet nicht, wenn das Tier durch ein mit unwiderstehlicher Gewalt über dasselbe hereingebrochenes äußeres Ereignis nach physiologischen Gesetzen zu seinem schädigenden Verhalten veranlaßt worden ist. Vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 9b.

b) OLG. **9** 43 (Celle): Der Jagdhund des Beklagten hatte, auf der Flucht vor einem auf ihn eindringenden bösartigen Schlächterhunde, die Klägerin angerannt. Das den Beklagten verurteilende Urteil führt aus: Wenn auch die Haftung aus § 833 nur dann eintritt, wenn eine willkürliche Handlung des Tieres den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat, und es daran fehlt, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, der Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können (vgl. **RG. 54** 73), so ist doch, wie die Erfahrung lehrt, durchaus nicht die Regel, daß ein Jagdhund durch den Angriff eines Schlächterhundes in einen Zustand so hochgradiger Furcht und Bestürzung versetzt wird, daß er flüchtig werden muß und auf seiner Flucht sogar dazu kommt, ruhig dastehende Personen umzurennen. Auch für den Hund des Beklagten war deshalb in den Umständen des vorliegenden Falles keine zwingende Veranlassung

zu seinem Verhalten gegeben, so daß letzteres immerhin noch als ein willkürliches Tun anzusehen war. Hiernach war die eigentliche den Unfall bewirkende Ursache nicht in dem behaupteten äußeren Ereignisse, sondern im beklagtischen Hunde selbst, in seiner tierischen Natur zu erblicken.

10. Ausschluß der Haftung durch Vertragsverhältnis.

a) **RG. 58** 410, DJZ. **04** 1090: Ob und inwieweit die gesetzliche Haftung aus § 833 ausgeschlossen ist, wenn jemand sich vertragsmäßig verpflichtet hat, gewisse Verrichtungen an oder mit dem Tiere vorzunehmen, und bei diesen Verrichtungen verletzt wird, ist nach dem Inhalte des Vertrags zu beurteilen. Wenn ein Kutscher während seiner Dienstverrichtung von einem Pferde verletzt wird, ohne daß ihn oder den Herrn ein Verschulden trifft, so steht die eingetretene Beschädigung außerhalb der kontraktlichen Beziehungen. Der Kutscher (oder der Knecht) nimmt dem Tiere gegenüber eine unselbständige Stellung ein, er hat das Tier nicht unter seiner allein maßgebenden Herrschaft, untersteht der Aufsicht des Herrn, muß dessen Anweisungen befolgen und ist nur zu einzelnen Dienstleistungen an und auf dem Pferde verpflichtet. Anders ist die Stellung des Trainers, dessen Leistungen einen bestimmten Zweck, das Abrichten des Pferdes, verfolgen. Er bekommt das Pferd in seine Gewalt, dasselbe ist dem Einflusse des Tierhalters entzogen. Die größere Gefahr für den Trainer gibt einen Anhalt für die Annahme, daß es in der Absicht der Vertragschließenden gelegen hat, eine Haftung des Tierhalters für die Gefahren auszuschließen, denen der Trainer bei der Erfüllung seines Vertrags ausgesetzt ist.

RG. JW. **04** 57: Durch das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Tierhalter und dem durch das Tier Verletzten wird die Anwendbarkeit des § 833 an sich nicht ausgeschlossen. Vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 5; **1** § 834 Ziff. 2.

b) OLG. Naumburg, NaumbAK. **04** 18: Die Vorschrift des § 833 findet auch Anwendung, wenn die verletzte Person zum Tierhalter im Dienstverhältnisse steht, da § 833 eine außerhalb des Gebiets der Vertragsverhältnisse gelegene außerkontraktliche Haftung statuiert, welche dem Tierhalter als solchem, und zwar in unbedingter Weise auferlegt ist.

Die willkürliche Bewegung des Tieres ist noch nicht dann als beendet anzusehen, wenn es dem Kutscher gelingt, die Zügel zu fassen und durch Reißen daran das durchgegangene Pferd zum Einschlagen einer anderen Richtung zu veranlassen, sofern das Pferd noch nicht wieder in beruhigten Zustand gekommen ist, sondern weiterstürmt.

11. Mitwirkendes Verschulden. Vgl. JDR. **2** § 833 Ziff. 10; oben § 254 Ziff. 9.

OLG. **9** 44 (Dresden): Ein Fall, in welchem die Schadensersatzpflicht durch Verschulden des Verletzten ausgeschlossen wurde. Vgl. LG. Stendal, NaumbAK. **04** 53.

Gerhard, ZVersWiss. **04** 419, berichtet von einer Entscheidung des AG. Burglangenfeld, welches die Klage eines verletzten Tagelöhners abgewiesen hat, weil es annahm, daß der Kläger zum Zwecke des Bettelns das Anwesen des Beklagten betreten habe, daß er hierzu keine Befugnis gehabt und es sich selbst zuzuschreiben habe, wenn er von dem Hunde des Beklagten gebissen worden sei. In einem allein stehenden Gehöft, wie dem des Beklagten, sei das Vorhandensein von Hunden durchaus üblich. Kläger hätte damit rechnen müssen. Daß der Hund nicht an der Kette gehalten worden, sei zwar ein Fehler, gegenüber dem Umstande aber, daß Kläger ohne Grund und Befugnis in das Gehöft des Beklagten gekommen sei, unerheblich. Vgl. dazu Gerhard a. a. O., welcher der Entscheidung beitritt.

12. OLG. **9** 44 (Hamburg): Tierleiter und Tierhalter haften gemeinschaftlich, und zwar nach § 840 als Gesamtschuldner. Vgl. JDR. **1** § 834 Ziff. 3, § 840 Ziff. 2, **2** § 840.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 166: Dem durch das Gewerbeunfallversicherungsgesetz vom 5. 7. 00 versicherten Arbeitnehmer steht gegen den Arbeitgeber ein Schadensersatzanspruch aus den §§ 833, 847 auch dann nicht zu, wenn ihm eine Rente wegen des Unfalls nicht zugesprochen ist.

13. De lege ferenda.

Gerhard, ZVersWiss. **04** 416 empfiehlt trotz der in Theorie und Judikatur vorherrschenden einschränkenden Interpretation des § 833 eine Revision des § 833, da eine so starke Haftung für Tiere, wie sie selbst bei einschränkender Auslegung noch übrig bleibt, über die Absicht des Gesetzgebers hinausgehen dürfte.

Oertmann, DJZ. **04** 136—143 empfiehlt die Einschränkung der Haftung des § 833 BGB., insbesondere eine Unterscheidung nach Tierarten.

§ 834. Stierle 106 ff.: § 834 statuiert nicht eine Gefährdungs-, sondern eine Verschuldungshaftung. Da § 834 drei Personen unterscheidet, Tierhalter, Aufsichtspflichtigen und Dritten, so folgt, daß § 834 die Haftung des Aufsichtsführers nach außen, nicht im Verhältnisse zum Tierhalter regelt. Daraus folgt: der Tierhalter kann sich zur Geltendmachung des ihm aus fahrlässiger Aufsichtspflicht erwachsenen Schadens nur auf kontraktliches Verschulden seines Aufsichtsführers berufen und muß dieses nachweisen. Durch § 834 sollen Dritte, d. h. das Publikum, gegen die Schäden, für welche im § 833 der Tierhalter verantwortlich ist, geschützt werden. — Damit eine Aufsichtsführung in Betracht kommen kann, muß ein Vertrag vorliegen, der sich auf irgendeine Tätigkeit an einem Tiere bezieht. — Die Fahrlässigkeit des § 834 muß sich auf die Aufsichtsführung beziehen.

§ 836. 1. Haftung des Besitzers.

a) **RG.** JW. **04** 487: Die Haftung trifft denjenigen Besitzer, der zur Zeit der Schadensverursachung das Grundstück inne hatte, mag er auch mit der Errichtung des Gebäudes nichts zu tun gehabt haben. Der Beklagte genügt seiner Beweispflicht, wenn er dartut, daß er während seiner Besitzzeit zur Abwendung der Gefahr die erforderlichen Schritte getan hat, er hat nicht etwa auch zu beweisen, daß der Vorbesitzer mit Sorgfalt verfahren ist.

b) OLG. Cöln, RheinA. **99** I 104; vgl. ebenda 178 (s. unten Ziff. 2): Die Haftbarkeit des Besitzers aus § 836 fordert ein Verschulden; indes der Verletzte braucht dieses Verschulden nicht zu beweisen, der Besitzer hat vielmehr zur Entlastung zu beweisen, daß ihn kein Verschulden trifft, daß er vielmehr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Der Hausbesitzer hat solche Gegenstände seines Hauses, deren Herabstürzen möglich ist und für das auf der Straße vorübergehende Publikum Gefahr bringen kann, in angemessenen Zwischenräumen auf ihre Standhaftigkeit und Haltbarkeit zu untersuchen.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 65: Eine Haftung für das Herunterfallen eines Gegenstandes von einem Neubau ist nicht gegeben, wenn nicht ein Verschulden des Unternehmers sich irgendwie feststellen läßt.

2. OLG. Cöln, RheinA. **99** I 104, vgl. ebenda 178: Unter Errichtung i. S. des § 836 ist nicht bloß das Zusammenfügen, Ineinandersetzen, Befestigen der zu einem Gebäude gebrauchten Materialien zu verstehen; eine fehlerhafte Einrichtung liegt auch vor, wenn die bei der Herstellung des Gebäudes gebrauchten Materialien schadhaft und fehlerhaft sind.

3. Ablösung von Teilen eines Gebäudes.

a) OLG. **9** 45 (Stuttgart): Der Kläger ist in der Scheune des Beklagten dadurch verunglückt, daß er, als er zur Fütterung des Viehes die Heubühne betrat, mit dem Fuße auf ein morsches Brett trat und durchbrach. Das Brett bildete, als im Boden der Heubühne befindlich, einen Teil des Gebäudes. Es handelt sich also um die Ablösung eines solchen Teiles (**RG. 52** 238). Auch war die Ablösung die Folge mangelhafter Unterhaltung; denn hat auch der Umstand, daß der Kläger auf das Brett getreten ist, den Anstoß zur Ablösung gegeben, so wäre doch durch diese der Bestimmung des Brettes entsprechende Einwirkung die Ablösung nicht eingetreten, wenn das Brett nicht morsch, sondern in ordnungsmäßigem Zustand unterhalten gewesen wäre (vgl. auch Planck, Bem. 2c zu § 836). Weiterhin ist der Kläger zwar nicht unmittelbar durch das Stück des Brettes, das sich abgelöst hat, sondern dadurch verletzt worden, daß er mit einem Fuße in die durch die Ablösung des Brettstücks entstandene Öffnung geraten ist und so den Halt verloren hat. Allein § 836 erfordert nicht, daß die Verletzung unmittelbar durch den abgelösten Teil des Gebäudes bewirkt werde; vielmehr genügt, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Ablösung und dem Unfalle vorhanden ist.

RG. SächsA. **14** 490: Ablösung von Teilen im Innern eines Gebäudes beim Betreten durch Personen (Durchbrechen des Fußbodens), vgl. JDR. **1** § 836.

b) α. OLG. **9** 47 (Hamburg): Durch Ablösung einer nicht ausreichend verkitteten Scheibe war der Kläger verletzt worden. Den Beklagten, welcher die Befestigung der Scheiben einem Glasermeister anvertraut hatte, trifft kein Verschulden. Er konnte bei der ihm selbst fehlenden Sachkunde nicht aus sich selber auf die Mängel aufmerksam werden und durfte sich darauf verlassen, daß nach Handwerkerbrauch und -Erfahrung die gewählte Art der Befestigung auch Dritten genügenden Schutz gegen Vorkommnisse der fraglichen Art biete.

β. OLG. **9** 47 (Kiel): Verletzung durch herabfallende Fenstergesimse. Über die Anwendbarkeit des § 847 im Falle des § 836 vgl. unten zu § 847.

c) **RG.** Puchelts Z. **35** 324: Ein Schachtgitter (Lichtschacht) ist kein Teil eines Gebäudes i. S. des § 836.

d) **RG.** und OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 10 (Umfallen einer Telegraphenstange), vgl. JDR. **1** § 836 (496).

e) OLG. **9** 46, SchlHolstAnz. **04** 90 (Kiel): Beim Bau eines Kanals ausgehobene Sandmassen als Teile eines Grundstücks.

§ 837. RG. 59 8, JW. **04** 554: Der im § 837 vorausgesetzte Besitz ist nicht jeder Besitz eines Gebäudes. Er muß so geartet sein, daß die Haftung für fehlerhafte Einrichtung oder mangelhafte Einrichtung an Stelle des Eigenbesitzers des Grundstücks dem Besitzer des Gebäudes zufällt. Für den Mieter eines Hauses trifft dies nicht zu.

§ 839. 1. Örtmann, ZBlFrG. **04** 771, vgl. oben § 278 Ziff. 5, § 831 Ziff. 5c: a) Die Haftpflicht des Beamten ist gegenüber der allgemeinen zunächst mehrfach erweitert. Er haftet, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 839 erfüllt sind, nicht nur wegen Verletzung der im § 823 Abs. 1 aufgezählten besonderen Rechtsgüter oder der dort in Bezug genommenen Rechte, sondern allgemein für den aus seiner Pflichtverletzung entstandenen Schaden, also für jede nachteilige Beeinflussung des Vermögensstandes irgendwelcher Art. Während ferner das ersatzpflichtig machende Verschulden sich im Sinne des § 823 Abs. 1 darauf zu beziehen hat, daß die Verletzung des fraglichen Rechtsguts oder Rechtes vom Verletzten vorausgesehen wurde oder doch für ihn voraussehbar war, braucht das nach § 839 zur Verantwortlichkeit führende Verschulden nur in der Voraussehbarkeit

der Amtspflichtverletzung als solcher zu bestehen, ohne daß es auf die Voraussehbarkeit auch der sich daraus ergebenden Schadenszufügung selbst ankäme.

b) Andererseits gibt es Fälle, die nicht unter das Anwendungsgebiet der Sondervorschrift gehören, während die Voraussetzungen der allgemeinen Ersatzpflicht nach §§ 823 ff. für den schuldigen Beamten gegeben sind. So, wenn dieser einen Dritten i. S. des § 823 Abs. 1 widerrechtlich schädigt, ohne dabei gerade eine ihm gegenüber dem Beschädigten obliegende Amtspflicht zu verletzen. Daß in solchen Fällen der Beamte überhaupt nicht haften solle, läßt sich aus § 839 weder nach Sinn noch nach Wortlaut herauslesen; die Satzung erstreckt sich vielmehr auf sie überhaupt nicht, beläßt es ihretwegen bei den sonstigen allgemeinen Haftungsgrundsätzen.

c) Würde dagegen die Schadenszufügung ihrer Eigenart nach sowohl unter § 823 als auch unter § 839 fallen, diese Vorschrift aber die Haftung des Beamten nur unter besonderen Modifikationen eintreten lassen und sie entweder als subsidiäre gestalten (Abs. 1 Satz 2) oder gar auf gewisse besonders extreme Fälle beschränken (Abs. 2/3), so kann der Beschädigte den Beamten darüber hinaus nicht unbedingt in Anspruch nehmen.

S. 776 ff. behandeln bayerisches Landesrecht.

2. a) *Kähler, Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft 4: „Amtspflicht gegenüber einem Dritten" besteht dem ganzen auf den Beamten angewiesenen Publikum gegenüber, mag es eine schützende oder strafende Behandlung durch den Beamten zu gewärtigen haben.

b) *Gieseker: Eine obliegende Amtspflicht ist auch diejenige der Respektierung der Geheimsphäre der Privaten, sei diese Pflicht speziell statuiert (z. B. DRBeamtG. § 11, RStGB. §§ 342, 354, 355 zc.) oder nicht (53 ff., 149 ff.). Über den Aktivlegitimierten s. zu BGB. § 823 Abs. 2 Ziff. 4e in fine; s. auch 150. Über die Rechte der Beamten zur Verletzung der Geheimsphäre s. 90 ff., 152, 154 ff., 175 ff.

c) **RG.** R. **04** 503: Die Pflicht, bei einem Geschäfte alle Sorgfalt anzuwenden, liegt dem Beamten nicht nur dem gegenüber ob, auf dessen Antrag er das Geschäft vornimmt, sondern auch dem gegenüber, dessen Interessen nach der besonderen eigenen Natur dieses Geschäfts dadurch berührt werden. Dazu gehören bei der Aufnahme einer letztwilligen Verfügung auch die darin Bedachten.

d) KG. R. **04** 193: Der mit der Aufnahme einer Verhandlung betraute Beamte ist für die Gültigkeit der Urkunde, insbesondere die Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten nicht nur dem Besteller, also demjenigen verantwortlich, auf dessen Antrag die Urkunde aufgenommen ist, sondern allen denjenigen, in deren Interesse die Aufnahme der Urkunde erfolgt ist. Solchen Personen aber, die nicht zu den Beteiligten zählen, ist ein Ersatzanspruch gegen einen Beamten, durch dessen Nachlässigkeit sie mittelbar Schaden erleiden, nicht gegeben.

e) **RG. 56** 339: Eine Verletzung der Amtspflicht liegt nicht vor, wenn ein Richter auf Grund der Strafprozeßordnung Amtshandlungen, Lokaltermine, Vernehmung von Zeugen an Ort und Stelle vornimmt, während er sich hierbei in der von ihm vorausgesetzten Sachlage geirrt oder in der Wahl des Mittels für den gesetzmäßig erfolgten Zweck fehlgegriffen hat. Für die aus der Vornahme solcher Handlung entstehenden Kosten ist er dem Fiskus nicht ersatzpflichtig.

3. **RG.** und OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **38** 6, 9, SächsA. **14** 356 ff., Gruchots Beitr. **48** 930 (Haftung von Telegraphenbeamten für Versehen bei Übermittelung von Depeschen gegenüber dem Absender, vgl. oben § 254 Ziff. 10g): Im Falle des § 839 Satz 2 ist maßgebend der Zeitpunkt, zu welchem der Geschädigte von dem Eintritte des Schadens Kenntnis erhielt. Soweit es dem Ge-

schädigten möglich war, in diesem Augenblicke sich anderweit Schadensersatz zu verschaffen, haftet der Beamte nicht, so daß es gleichgültig ist, ob der Geschädigte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat oder nicht.

4. *Rabel, Haftpflicht des Arztes 57/58, § 839 ist analog auf die durch privaten Vertrag zur Leistung höherer Dienste angestellten Beamten anzuwenden.

5. *Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 311 (abweichend **RG. 20** 301, **51** 329; OVG. **30** 375 und die Literatur): Der § 6 des G. v. 11. 5. 42 (GS. 192), wonach die Verfolgung eines Beamten wegen einer polizeilichen Verfügung von der vorherigen Aufhebung der Verfügung abhängig ist, gehört dem materiellen Rechte an und ist durch § 839 ersetzt worden. Der Beamte kann also ohne vorherige Aufhebung seiner Verfügung auf Schadensersatz belangt werden. Wäre der § 6 eine Vorschrift über das Verfahren oder den Rechtsweg, so wäre er durch § 11 I EGGVG. und § 13 GVG. aufgehoben.

6. Abs. 3. *Kähler a. a. O.: Der Geschädigte hat die Pflicht, sich über Zulässigkeit, Form und Frist des Rechtsmittels rechtzeitig zu informieren; das korrekt eingelegte und durchgeführte Rechtsmittel müßte voraussichtlich von Erfolg gewesen sein (5).

Der § 839 schließt eine Haftung des Beamten aus §§ 823, 826 nicht aus (5, 6).

7. Haftung einzelner Beamten; vgl. JDR. **2** § 839 Ziff. 4.

a) Registerrichter.

RG. 58 429, JW. **04** 536: Der preußische Registerrichter, welcher den durch die Verfügung vom 4. Dezember 1900 getroffenen Anweisungen über die Art der Bezeichnung der für die Veröffentlichung der Eintragungen in das Handelsregister bestimmten öffentlichen Blätter zuwiderhandelt, macht sich regreßpflichtig. Vgl. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 9 o.

b) Grundbuchrichter.

RG. Puchelts Z. **35** 272: Der Grundbuchrichter haftet auch bei solchen unrichtigen Amtshandlungen, die nicht notwendig zum Geschäftsbereiche des Grundbuchamts, sondern zur sonstigen freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören, wenn er sie nur in seiner Eigenschaft als Grundbuchrichter und bei Gelegenheit einer Amtstätigkeit als solcher innerhalb seiner Zuständigkeit vornahm.

c) Vormundschaftsrichter.

BayObLG. **4** 727: Eine Verantwortlichkeit des Vormundschaftsrichters Dritten gegenüber besteht nicht. Der Vormundschaftsrichter ist nur dem Mündel gegenüber verantwortlich.

d) Notare vgl. oben Ziff. 1, JDR. **2** § 839 Ziff. 4a; vgl. auch oben § 278 Ziff. 5.

e) Gerichtsschreiber.

α. *Meyer, BaySekrZtg. **02** 56: Der Gerichtsschreiber haftet einer Partei für erteilte Rechtsauskunft nicht als Beamter, sondern als Privatperson. Der unaufgefordert oder auf Anfrage gegebene Rat oder Auskunft ist an sich unverbindlich und derjenige, der den Rat oder die Auskunft empfängt, handelt, wenn er sie befolgt, auf eigene Gefahr. Wer aber arglistig Auskunft oder Rat erteilt, haftet für den Ersatz des dem anderen aus der Befolgung entstandenen Schadens.

β. OLG. Cöln, RheinA. **99** I 220: Der Gerichtsschreiber sowohl als auch der Konkursrichter sind für den Schaden haftbar, der durch unterbliebene Eintragung der Anmeldung einer Konkursforderung entsteht, wenn infolgedessen die Forderung bei der Schlußverteilung und der Ausschüttung der Masse unberücksichtigt geblieben ist.

f) Gemeindevorsteher; vgl. JDR. **2** § 839 Ziff. 4b.

RG. DJZ. **04** 946: Ein Gemeindevorsteher, der bei Aufnahme eines Dorftestaments einen Fehler gemacht hat, haftet nach § 839. Die Haftpflicht besteht nicht nur dem Testator, sondern auch dritten Personen gegenüber, die dieser bedenken wollte.

RG. 58 296, JW. **04** 450 — hierdurch bestätigt OLG. Oldenburg, JDR. **2** § 839 Ziff. 4b —: Ein Gemeindevorsteher macht sich dem Testamentserben gegenüber für die Formverletzung bei Aufnahme eines Dorftestaments haftbar. Ein Beamter hat nicht bloß demjenigen gegenüber, auf dessen Antrag er ein Geschäft vornimmt, alle Sorgfalt anzuwenden, sondern allen denjenigen gegenüber, deren Interessen nach der besonderen eigenen Natur dieses Geschäfts durch dasselbe berührt werden.

*Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 200: Der Anspruch gegen den Gemeindevorsteher und die Mitglieder des kollegialischen Gemeindevorstandes wegen mangelhafter Verwaltung der Jagd steht nicht den einzelnen Grundbesitzern, sondern der Jagdgenossenschaft zu und ist von dem stellvertretenden Gemeindevorstande geltend zu machen.

g) Telegraphenbeamte; vgl. oben Ziff. 3.

OLG. Celle, R. **04** 222: Ist dem Verkäufer durch den Telegraphen ein Auftrag des Käufers über die Absendung der Ware durch ein Versehen des Telegraphenbeamten unrichtig übermittelt und mußte der Verkäufer nach Lage der Sache erkennen, daß der Auftrag des Käufers unrichtig übermittelt war, so kann der Telegraphenbeamte vom Käufer nicht in Anspruch genommen werden.

h) **RG. 56** 216: Für einen Schaden, der bei industrieller Zwangsarbeit in der Strafanstalt ein Gefangener in diesem Betriebe dadurch erleidet, daß die Arbeitsmaschine nicht mit den erforderlichen Schutzvorrichtungen versehen und daß er über die Gefährlichkeit der Maschine nicht belehrt war, haftet reichsrechtlich zunächst der dies verschuldende Beamte. Ob aber der Staat für diesen Schaden einzustehen hat, richtet sich nach der Landesgesetzgebung.

i) Verletzung der Amtspflicht bei Handhabung der Baupolizei (badisches Recht), BadVerwGerH., BadRpr. **04** 151.

8. De lege ferenda. *Delius macht, DJZ. **04** 525, die Haftpflicht der Beamten unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung, den Gesetzesvorschlag, die Haftpflicht des Staates usw. für Versehen der Beamten als primäre zu konstituieren. Der Regreß des Staates an seinen Beamten soll auch bei geringen Versehen zulässig, jedoch dem Ressortminister gestattet sein, in geeigneten Fällen von der Regreßklage Abstand zu nehmen.

§ 840. 1. Stierle 100 ff.; vgl. oben § 833 Ziff. 3: § 840 Abs. 2 bedeutet eine wesentliche Entlastung des Tierhalters und des Aufsichtsführers im Verhältnisse zu dem dritten Verantwortlichen. Umgekehrt liegt aber auch im § 840 Abs. 3 der Satz enthalten, ein nebenverantwortlicher Dritter soll gegen den Tierhalter, Aufsichtsführer usw. nicht den Regreß des § 426 nehmen dürfen. Mehrere Tierhalter können den Schaden untereinander nicht nach § 840 Abs. 3 ausgleichen, sondern nur nach § 426. — Für die Konstruktion des Ausgleichsanspruchs gibt es zwei Möglichkeiten: entweder liegt eine cessio legis vor in der Weise, daß der Tierhalter den Anspruch des Verletzten gegen den Dritten seinerseits gegen diesen Dritten geltend machen darf oder der Tierhalter hat eine selbständige Regreßforderung. Verf. lehnt die erste Möglichkeit ab.

Haftung mehrerer Tierhalter LG. Stendal, NaumbAK. **04** 53; vgl. oben § 254 Ziff. 9c.

Über gemeinschaftliche Haftung des Tierleiters und des Tierhalters vgl. oben zu § 833 Ziff. 12.

2. **RG.** DJZ. **04** 815 (vgl. JDR. **2** § 840): Unter dem Dritten i. S. des Abs. 3 sind nicht nur Personen, welche aus eigenem Verschulden haften, sondern auch die nach dem Haftpflichtgesetze verantwortlichen Unternehmer zu verstehen. Die Anwendung allgemeiner Regeln des BGB. auf das Haftpflichtgesetz ist zulässig. Im § 840 Abs. 3 sind die dort angeführten Fälle der §§ 833—838 nicht als Regelfälle einer allgemeinen Regel hingestellt, was sich schon daraus ergibt, daß sie nicht untereinander gleichartig sind. Neben Fällen reiner Kausalhaftung stehen andere, wo gegenüber der gesetzlichen Vermutung eines Verschuldens Entlastungsbeweise nach der einen oder anderen Richtung zugelassen werden. Daher ist analoge Ausdehnung unzulässig.

§ 842. 1. *Rabel, Haftpflicht des Arztes 19 Note 1: Die Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten sind Vermögensschaden; die Ersatzpflicht beschränkt sich daher nicht auf unerlaubte Handlungen.

2. **RG.** JW. **04** 575: Wer in seinem fünften Lebensjahre verletzt worden ist, kann Ersatz wegen Minderung seiner Erwerbsfähigkeit erst von dem Zeitpunkt an verlangen, in welchem er eigenen Erwerb haben würde.

§§ 842, 843. OLG. Colmar, R. **04** 529: Der Wortlaut dieser dem § 3 RHaftpflG. nachgebildeten Bestimmungen legt allerdings die Annahme nahe, daß nur bei solchen Personen, die zur Zeit des Eintritts des schädigenden Ereignisses bereits erwerbsfähig sind, von einer Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit die Rede sein kann. Grund und Zweck jener Bestimmungen zwingen aber zu einer weitergehenden Auslegung. Andernfalls würden Kinder schon wegen der Kürze der Verjährungsfrist ihrer etwaigen Ansprüche gegen widerrechtliche Körperverletzungen recht- und schutzlos sein.

§§ 843—849. *Coermann, Posthaftpflicht, SächsA. **14** 552 (oben § 823 Abs. 1 Ziff. 9g): Die Ersatzpflicht auf Grund des § 12 des Postges. v. 28. 10. 71 wegen Tötung oder Verletzung eines Reisenden weicht insofern von derjenigen des BGB. ab, als sie ausgeschlossen bleibt: a) bezüglich der Beerdigungskosten, b) der Schmerzen und körperlichen Entstellung, c) des Erwerbsverlustes während der Heilung und der Erwerbsverminderung nachher, d) der Unterhaltsansprüche Dritter. Der Verletzte kann hier ferner weder einen Kostenvorschuß noch den Ersatz der Kosten in Rentenform verlangen.

§ 845. 1. OLG. **9** 49 (Posen): Die Voraussetzung des § 845, daß der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zu Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, trifft nach § 1617 bei Kindern nur zu, solange sie dem elterlichen Hausstande angehören und von den Eltern erzogen und unterhalten werden. Vorliegend war der getötete 13jährige Sohn des Klägers die letzten sechs Jahre von einer Tante erzogen worden und hatte ihr Dienste geleistet; dem elterlichen Hause hatte er nicht mehr angehört. Allerdings war der Kläger beberechtigt, dieses Verhältnis jederzeit zu ändern, aber dies genügt zur Begründung seines Anspruchs nicht, vielmehr kommt es darauf an, ob er unter den obwaltenden Umständen von seiner Befugnis in absehbarer Zeit Gebrauch gemacht hätte (§ 252). Wer aber einen Sohn vom Alter des Verunglückten jahrelang aus dem Hause hält, betätigt damit, daß er im Hause für ihn nicht sorgen kann. Auch verlassen in der Gegend, in der der Kläger, ein kleiner Landwirt, wohnt, die Söhne aus dem Stande des Klägers nach Beendigung der Schulzeit möglichst bald das Elternhaus, um auf Arbeit zu gehen. Hiernach ist anzunehmen, daß dem Kläger durch den Tod seines Sohnes Dienste bisher weder entgangen sind noch für die Gegenwart und Zukunft entgehen.

2. **RG.** JW. **04** 358: Abgesehen von der Bestimmung des § 845 ist es ein dem geltenden Rechte unbekannter Satz, daß der Vater den Ersatz desjenigen Schadens verlangen kann, der ihm durch die körperliche Verletzung seines Kindes entstanden ist.

3. Verhältnis zum Reichshaftpflichtgesetze.

RG. 57 52, JW. **04** 174, DJZ. **04** 457, EisenbE. **21** 36 und 347 (vgl. oben zu §§ 823 ff. Ziff. 1): § 845 ist im Reichshaftpflichtgesetze nicht erwähnt; er ist auch wohl absichtlich nicht aufgenommen worden. Der Eisenbahnunternehmer ist daher auf Grund des Haftpflichtgesetzes einem Dritten nach Maßgabe des § 845 für die entgehenden Dienste des Verletzten ersatzpflichtig. Abgewiesen ist vorliegend die Klage eines Ehemanns, dessen Ehefrau durch einen Bahnzug überfahren und getötet wurde, auf Ersatz des ihm durch den Tod seiner Ehefrau entstehenden Schadens, namentlich wegen Verlustes des von derselben ihm zu gewährenden Unterhalts und wegen Entganges ihrer häuslichen Dienste.

§ 847. OLG. **9** 47 (Kiel), vgl. oben zu § 836 Ziff. 3bβ: Die Bestimmungen des § 847 sind auch im Falle des § 836 anwendbar. Neben den inneren Gründen spricht schon die Stelle, welche der § 847 einnimmt, dafür, daß der immaterielle Schaden in allen Fällen beansprucht werden kann, in denen eine Haftung aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung nach dem Gesetze begründet ist.

§ 848. OLG. **9** 282, SchlHolstAnz. **04** 200 (Kiel), vgl. oben § 284 Ziff. 2e: Bei Herausgabeansprüchen auf Grund unerlaubter Handlungen bedarf es keiner Mahnung. Es gilt der gemeinschaftliche Satz fur semper in mora.

§ 852. 1. OLG. Colmar, R. **04** 631: Wenn der durch eine unerlaubte Handlung dem Verletzten entstandene Schaden dem Verletzten nicht von vornherein bemerklich gewesen ist, sondern erst nachträglich erkennbar gewesene Folgen sich aus dem Schaden entwickelt haben (z. B. eine von dem Arzte für bedeutungslos erklärte Fleischwunde führt schließlich eine wesentliche Beschränkung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten herbei), so beginnt die dreijährige Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz erst von dem Zeitpunkt an zu laufen, in welchem der Verletzte von dem Eintritte dieser nicht voraussehbar gewesenen Folge Kenntnis erlangt hat.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 324: Auch auf die Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung findet § 852 Anwendung (ebenso Dernburg, Bürgerl. R. II (2) 647; Crome II 1044 Nr. 16).

3. Über die Anwendung des § 852 in § 829 vgl. oben § 829 Ziff. 2.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Vorbemerkung: Aus den verschiedenen speziellen Abhandlungen (s. d. folgende Literaturübersicht) waren einige Bemerkungen zum „Besitzbegriff“, „Besitzwillen“, „Besitzerwerb durch Stellvertreter“ und „Eigenbesitz“ zu verzeichnen. Die Praxis hatte sich wie in früheren Jahren wenig mit den einschlägigen Fragen zu befassen.

Literatur: Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes, Rostocker rechtswissenschaftliche Studien III Heft 3. Leipzig 1905. — Aravantinos, Die Anwendbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Rechte. Jherings J. **48** 101—186. — Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes. Rostock (Diss.) 1905. — Trendelenburg, Besitzerwerb durch Stellvertreter. Greifswald (Diss.) 1904.

§ 854. 1. Zum Besitzbegriff. (JDR. **2** Ziff. 1.)

a) Berg a. a. O. 6 ff.: Aus § 854 Abs. 1 geht hervor, daß Besitz im Sinne des BGB. die tatsächliche Gewalt über die Sache ist. A. M. Bekker, JDR. **1** Ziff. 6 zu § 854.

Berg geht im weiteren gegen die herrschende Lehre vor, welche die Gleichstellung von tatsächlicher Gewalt und Besitz in den Fällen des § 854 Abs. 2 und des § 855 für eine bloße Fiktion erklärt. Er meint, daraus, daß § 856 nur einen Endigungsgrund: Verlust der tatsächlichen Gewalt, kenne, gehe hervor, daß das Gesetz jeden Besitzer, auch den des § 854 Abs. 2 und des § 855, als Inhaber der tatsächlichen Gewalt ansehe, weil man das, was man nicht habe, nicht verlieren könne (9, 21).

b) Josef, R. **04** 498 ff.: Unter „tatsächlicher Gewalt" ist die Herstellung einer solchen Beziehung zwischen Person und Sache zu verstehen, die nach der Verkehrsanschauung die Herrschaft über die Sache verleiht. Ähnlich Berg a. a. O. 16, der die Frage, ob eine tatsächliche Gewalt vorliegt, durch die Verkehrsanschauung beantworten läßt. Näheres a. a. O. 10 ff.

c) *Aravantinos, Jherings J. **48** 110 ff., 133: Der soziale Charakter des Besitzes äußert sich in der Frage nach der Existenz desselben und im § 859 Abs. 1; sonst verfolgen die Besitzschutzrechte und Ansprüche den Zweck, den individuellen Interessen zu dienen. Diese Unterscheidung gibt die Grundlage zu der in der erwähnten Schrift versuchten theoretischen Konstruktion der Frage über die Anwendbarkeit der Anfechtbarkeitsgrundsätze auf die Besitzübertragung.

2. Besitzwille. (JDR. **1** Ziff. 2 und **2** Ziff. 2.)

a) Hinsichtlich der Frage, ob es einen Besitzerwerb ohne und selbst gegen den Willen des Erwerbers gibt, vertritt Berg a. a. O. 22 ff. den Standpunkt, daß das Willenserfordernis unentbehrlich ist. Der Besitzwille aber kann nach ihm als ein unselbständiges, der tatsächlichen Gewalt immanentes Erfordernis nur etwas rein Tatsächliches sein; nur das Vorhandensein eines natürlichen Willensvermögens wird gefordert (28).

b) Dagegen hält Auerbach, Eigenbesitz 15, den Willen für kein Erfordernis des Besitzes, da das BGB. den Besitzwillen nirgends erwähnt.

3. Besitzerwerb durch Vertreter. (JDR. **1** Ziff. 3.)

*Trendelenburg a. a. O. 24 ff., Besitzerwerb durch Stellvertreter: Ein Besitzerwerb durch Stellvertreter kann nur nach Maßgabe der §§ 855 und 868 erfolgen. Gemeinsame Voraussetzungen:

a) Erwerb der tatsächlichen Gewalt durch den Stellvertreter.

b) Ein Recht auf den Besitz der Sache auf seiten des Prinzipals (die causa des Besitzerwerbes ist entscheidend dafür, wer Besitzer wird).

c) Ein bestimmtes, sich auf den Besitz der Sache beziehendes Verhältnis zwischen Prinzipal und Stellvertreter. Auf der Verschiedenheit der Gestaltung dieses Verhältnisses in § 855 und § 868 beruht die Verschiedenheit der Fremdwirkung („nur" Besitz und „auch" Besitz des Prinzipals).

4. Besitz bei Zusendung unbestellter Waren. (JDR. **1** Ziff. 5.)

Berg a. a. O. 39 ff.: Mag bei der Zusendung unbestellter Waren für den Verkehr auch äußerlich der Anschein bestehen, als sei der Empfänger Besitzer, in Wahrheit ist er es nicht und hat keinerlei Verpflichtung, diesen Anschein zu beseitigen. Zu weit geht Josef (JDR. **1** Ziff. 5), wenn er dem Empfänger das Recht gibt, die Sachen auf die Straße zu werfen. Das würde ihn aus §§ 226, 823 Abs. 2 bez. 826 BGB. schadensersatzpflichtig machen, wenn nicht etwa der betreffende Wohnraum sehr beschränkt oder die Pakete sehr umfangreich (a. a. O. 40 Anm. 1).

5. Abs. 2. a) *Aravantinos, Iherings J. **48** 156 Anm. 90: Für die Beurteilung der geeigneten Sachlage ist auch die Frage in Erwägung zu ziehen, ob der Erwerber befugt sei, das zeitweilige Hindernis (z. B. im Falle, daß ein anderer die tatsächliche Gewalt nach § 855 ausübt) durch Selbsthilfe bez. Besitzschutzklage zu überwinden; diese Frage ist zu bejahen.

*Aravantinos, Iherings J. **48** 127, 154: Der Besitzerwerb auf Grund des § 854 ist kein derivativer. Die betreffende Einigung ist in bezug auf den Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft, jedoch der entsprechenden Anwendung der Anfechtbarkeitsgrundsätze fähig. Wirkung der Anfechtung und ihre Grenzen, daselbst 156 ff.

Über die Fälle des § 854 Abs. 2 hinaus kann von einer Anwendung der Anfechtbarkeitsgrundsätze auf dem Gebiete des Besitzes, als des possessorisch geschützten Verhältnisses, bei der Frage der Existenz des Besitzes keine Rede sein (daselbst 150). Freilich, in den Fällen, bei welchen zur Begründung eines dinglichen Rechtes oder zur Erfüllung einer Obligation usw. die im Wege der Einigung erfolgte Besitzerlangung vorausgesetzt wird, sind genannte Grundsätze anwendbar (die Fälle daselbst 134 f. und Anm. 126—128 Anwendbarkeit und Wirkung der Anfechtung 174, 184 ff.).

b) Rechtliche Natur der Einigung zwecks Besitzübertragung. (JDR. **1** Ziff. 7 und **2** Ziff. 4.)

*Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 119 ff.: Die Einigung ist ein Vertrag und kann unter Bedingungen und Zeitbestimmungen vorgenommen werden (vgl. o. zu § 158 BGB. Ziff. 1).

6. OLG. Braunschweig, BraunschZ. **51** 65 ff. handelt darüber, wann der Besitz an Türen und Fenstern, die in einen Neubau eingefügt werden sollen, auf den Bauherrn übergeht. — Solange die Tischler mit ihrer Arbeit an den in den Neubau geschafften Türteilen noch nicht fertig sind, bleiben sie im Besitze derselben (68).

OLG. Dresden, SächsA. **14** 634 führt aus, unter welchen Umständen das bloße Auflegen der Hand auf bestimmte Gegenstände nicht genügt, den Besitz über diese Sachen zu erlangen.

§ 855. 1. *v. Obstfelder, Goldschmidts Z. **56** 126 ff.: Die Besitzausübung beim Warenlombardverkehre durch Treuhänder, welche Angestellte des Verpfänders sind, begründet, wenn die Pfandgegenstände weiterhin innerhalb des Geschäftsbereichs des Verpfänders bleiben, kein gültiges Pfandrecht; denn einmal würde diesem Machtverhältnisse die erforderliche Erkennbarkeit (Publizität) mangeln, fernerhin aber kann von einem Besitze des Untergebenen bei der geschilderten Sachlage überhaupt nicht die Rede sein, weil der Angestellte als Besitzdiener nur Organ des Prinzipals ist und einen selbständigen Willen gegenüber dem Befehlsrechte des Prinzipals überhaupt nicht hat.

2. Josef, R. **04** 498: Der Dienstverpflichtete hat an den ihm vom Dienstherrn zur Benutzung überwiesenen „Wohn- und Schlafräumen" keinen Besitz. — Diese Räume unterliegen der Verfügung des Dienstherrn derart, daß dieser jederzeit den Angestellten aus dem ihm zugewiesenen Raum herauszusetzen und Selbsthilfe zu gebrauchen (§ 859) befugt ist. Dem hinausgesetzten Angestellten steht die Besitzentziehungsklage (§ 861) gegen den Dienstherrn nicht zu, da jener nicht „Besitz" hatte, sondern nur einen Anspruch auf Einräumung eines geeigneten Raumes, nicht aber auf Benutzung des ihm bisher überlassenen.

Angestellte, denen abgesonderte Wohnräume zur ausschließlichen Benutzung eingeräumt sind, haben an diesen einen wirklichen „Besitz".

3. Darüber, ob ein Ziegelmeister zu seinem Dienstherrn in einem Verhältnisse nach § 868 oder 855 steht, handelt OLG. **8** 99 (Kiel).

§ 856. *Aravantinos, Iherings J. **48** 126 Anm. 43: Unter Besitzaufgabe ist zu verstehen einmal die Aufgebung der tatsächlichen Gewalt, bezüglich deren ein Erfordernis der Geschäftsfähigkeit nicht absolut aufzustellen ist. Weiter die Willenserklärung, daß der Besitzverlust auf den Willen des Besitzers zurückzuführen sei; dies wichtig für §§ 303, 959, 1007 (daselbst Anm. 55, vgl. auch 171).

§ 857. Berg a. a. O. 75 ff.: Der § 857 ist ebensowenig wie § 854 Abs. 2 ein Sukzessionsfall, denn die tatsächliche Gewalt, die dem Erblasser im Tode entglitten ist, ist kein Recht, das übergehen kann. Nur im natürlichen Sinne eines zeitlichen Nacheinander kann man von einem „Übergehen" des Besitzes und von einem „Nachfolger im Besitze" (§ 858 Abs. 2) sprechen. Der Besitz selbst kann nicht Gegenstand der Sukzession sein. Die §§ 221, 943 haben Besitzübergang infolge begleitender Rechtsnachfolge, z. B. Übereignung des verkauften Hauses im Auge. Der Besitzerwerb des Erben ist nicht derivativ, sondern originär. Für den unmittelbaren Besitz gilt ausnahmslos das „Herrschaftsprinzip", nicht das Sukzessionsprinzip (76). Näheres a. a. O. 71 ff.

§ 858. 1. *Aravantinos, Iherings J. **48** 161, 166: Die verbotene Eigenmacht ist an sich kein Delikt: Daher sind die Folgen der §§ 992, 2025 nicht ohnehin an dieselbe zu knüpfen.

Als fehlerhaft ist der Besitz anzusehen, wenn die Anfechtung der etwa anfechtbaren Übertragungserklärung stattgefunden hat, da die Besitzübertragung für die Frage der Fehlerhaftigkeit des Besitzes sich als eine den rechtsgeschäftlichen Grundsätzen unterworfene zweiseitige Willenserklärung darstellt (daselbst 163).

Der Nachfolger im § 858 Abs. 2 muß Nachfolger eines fehlerhaften Besitzers sein. Die bloße scientia spolii genügt nicht (daselbst Anm. 126).

2. Aus der Praxis.

a) RG. JW. **04** 361: Wenn der Besitzentzieher sich auf eine vom bisherigen Besitzer eingeräumte Befugnis, sich in den Besitz der Sachen zu setzen, berufen kann, so hat er hiermit im allgemeinen in Anbetracht der zunächst anzunehmenden Kontinuität des Willens des Besitzers hinreichenden Beweis dafür geliefert, daß der bisherige Besitzer im Augenblicke der Besitzentziehung mit dieser einverstanden gewesen sei.

b) KGBl. **04** 103, OLG. **9** 296 (KG.): Die Zuführung von Geräuschen aus einem anderen Grundstücke kann sich als Besitzstörung darstellen. — Aus § 906 ist zu entnehmen, daß, soweit der Eigentümer Geräusche dulden muß, diese Duldungspflicht auch dem Besitzer obliegt.

§ 859. Abs. 3. RG. (Str.) GoltdA. **51** 191: Die Wahrung der zeitlichen Schranken des Selbsthilferechts erfordert nicht notwendig ein blitzschnelles Handeln desjenigen, dem der Besitz durch die verbotene Eigenmacht des anderen entzogen ist; vielmehr unterliegt diese Frage der Beurteilung des einzelnen Falles nach Maßgabe der denselben begleitenden konkreten Umstände.

§ 862. OLG. Colmar, R. **04** 448: Besitzstörungsklage wegen Beeinträchtigung in Ausübung eines Notwegrechts ist zulässig.

§ 863. OLG. Cöln, RheinA. **100** I 224: § 863 läßt nur solche petitorische Einwendungen zu, durch die die Widerrechtlichkeit des gewaltsamen Eingriffs in den Besitz eines anderen beseitigt wird, sei es durch den Nachweis eines Rechtes zu demselben, sei es durch den Nachweis der Voraussetzungen erlaubter Selbsthilfe im Sinne des § 229 BGB.

§ 868. 1. Für die Objektivität des den Besitzmittler und den mittelbaren Besitzer verbindenden Verhältnisses tritt ein *Aravantinos, Iherings J. **48** 115 ff., das Erfordernis der subjektiven Anerkennung auf seiten des Besitzmittlers bekämpfend. Das zugrunde liegende Verhältnis muß aber als ein zum mindesten

obligatorisches von der Gültigkeit oder Rechtfertigung der causa traditionis losgelöstes gedacht werden (daselbst 117, 121 u. Anm. 38). Auf die Übertragung des mittelbaren Besitzes (129) finden die Grundsätze über Anfechtbarkeit statt (145 ff.).

2. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 17 ff., OLG. **8** 114 ff.: Auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt es sich um ein Schuldverhältnis, bei dem der Verpflichtete zum Besitz auf Zeit berechtigt ist. Ebenso liegt es beim Finder (20). S. auch o. zu § 677 Ziff. 4 u. u. zu §§ 965 ff. Ziff. 3.

§ 872. 1. Auerbach, Eigenbesitz 1 ff., vertritt entgegen der herrschenden Meinung die Ansicht, daß dem Eigenbesitze des BGB. nicht der animus domini, sondern objektive Merkmale wesentlich sind, und hält diese Anschauung auch für die durch die historische Entwickelung begründete (14). Auch der Wortlaut des § 872 spricht nicht zugunsten der herrschenden Ansicht (16). Auerbach definiert Eigenbesitz als Besitz zum Zwecke der Ausübung des Eigentums (17, 20). Der Eigenbesitz hat den Zweck, die Aufgabe, ist dazu bestimmt, das Eigentum auszuüben, nicht muß der Eigentümer die Absicht haben, das Eigentum auszuüben (21). Der Zweck des Besitzes aber wird durch den Akt bestimmt, dem er seine Entstehung verdankt, durch die causa (22). Wenn auch die causa das hauptsächlichste, so ist sie doch nicht das einzige Mittel, das den Charakter des Besitzes als Eigen- oder Fremdbesitz bestimmt. Auch das äußere Verhalten des Besitzers, welches aber nicht ein beabsichtigtes zu sein braucht, kann entscheidend sein. Näheres a. a. O. 24 ff.

2. **RG. 54** 133 ff.: Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als sein eigen, als ihm gehörig besitzt, wer sie also mit dem Willen, ihr Eigentümer zu sein, besitzt. Ob dieser Wille vorhanden ist, muß in jedem einzelnen Falle nach den tatsächlichen Umständen beurteilt werden.

Auerbach a. a. O. 36/37 meint, diese Entscheidung zeige, daß das RG. an dem Eigenbesitzwillen nur rein äußerlich festhalte und in Wahrheit nicht den Willen, sondern die tatsächlichen Verhältnisse als maßgebend erachte.

3. Nach Auerbach a. a. O. 34 können auch Geisteskranke und Kinder selbständig Eigenbesitz originär erwerben, da sie auch gewöhnlichen Besitz erwerben können. A. M. Breit, IDR. **2** zu § 872.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Von den zu diesem Abschnitte gehörenden Erörterungen nehmen diejenigen über das Wesen und die Wirkungen der Vormerkung den breitesten Raum ein. Insbesondere kommt hier das bereits im vorigen Jahrgang angekündigte Werk von Sekler in Betracht; von einzelnen Abhandlungen hat namentlich die als Leipziger Dekanatsprogramm veröffentlichte Arbeit Strohals, welche die bewilligte Vormerkung dem § 893 BGB. unterstellt, den Anstoß zu weiteren wissenschaftlichen Äußerungen gegeben. — Ortlieb hat die rechtliche Natur der Einigung, die er neben der Eintragung als Bestandteil eines einheitlichen dinglichen Vertrags ansieht, näher untersucht, und L. Goldmann hat den Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894) zum Gegenstand einer Einzelabhandlung gemacht. Aus der Praxis sind namentlich die Entscheidungen, welche den Umfang des den Grundbucheintragungen zukommenden öffentlichen Glaubens (§ 892) und die wichtige Frage der Pfändung des Berichtigungsanspruchs betreffen (s. bei § 894), hervorzuheben.

Literatur: S. in der Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung, über Vormerkungen in der Zusammenstellung vor § 883 BGB. In zweiter Auflage ist erschienen der dritte Band von Staudingers Kommentar, wiederum bearbeitet von Kober, in dritter Auflage Gänßle, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht des BGB. und der Liegenschaftskaufvertrag des neuen Rechtes.

§ 873. I. Natur der dinglichen Einigung. (Vgl. JDR. 1 und 2 Ziff. 2 zu § 873.)

1. Wie Bendix (JDR. 2 Ziff. 2a zu § 873) auch Traßl, BayNotZtg. 5 187.

2. Oberneck (3) I 255 sieht in der dinglichen Einigung des § 873 einen dinglichen Vertrag, auf den die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Verträge, die Grundsätze über Geschäftsfähigkeit, über Anfechtbarkeit wegen Irrtums, Betrugs, über Nichtigkeit wegen Simulation, Verstoß gegen die Strafgesetze oder Verbotsnormen, Konvaleszenz, über die Voraussetzungen des Abschlusses unter Abwesenden, über die Zufügung von aufschiebenden und auflösenden Bedingungen, eines Anfangs- oder Endtermins Anwendung finden, soweit nicht, wie z. B. bei der Auflassung, ein anderes bestimmt ist. Er bejaht ferner (257) die Klagbarkeit des dinglichen Vertrags, da dieser zugleich ein Schuldelement in sich enthalte, indem das „Leistenwollen" des Erklärenden durch die Annahme des anderen Teiles zu einem „Leistensollen" geworden ist und eine Vertragsofferte enthält, die regelmäßig durch den Eintragungsantrag des anderen Teiles angenommen wird. Vgl. Willenbücher 4, Staudinger (2) 51.

3. *Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag (Berlin 1904):

a) Die Einigung des § 873 an sich allein hat keine rechtliche Wirkung (übereinstimmend mit Bruck — JDR. 1 Ziff. 2 zu § 873 BGB. — und Eccius, Gruchots Beitr. 47 51 ff. — JDR. 2 Ziff. 2 zu § 873 BGB.). Die nach Abs. 2 eintretende Gebundenheit ist nicht eine Folge der Einigung, sondern eine Folge der Form, in welcher die Einigung vorgenommen wird (31).

Die bloße Einigung erzeugt auch keine Verfügungsbeschränkung des Berechtigten (33). Gegen Koffka, JDR. 2 Ziff. 8 § 873 BGB.

b) Die Einigung bei dem Erwerbe von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Sachen ist kein selbständiger Vertrag, sondern nur ein Bestandteil eines solchen. — Der Erwerb von dinglichen Rechten vollzieht sich im BGB. durch einen dinglichen Vertrag, und zwar ist dieser ein Realvertrag, dessen Bestandteile Einigung (Willensmoment) und Eintragung oder Übergabe (reales Moment) bilden (44). Eine Einigung zugunsten Dritter gibt es nicht (16).

Zustimmend du Chesne, ZBlFrG. 5 229. Dagegen Kretzschmar, SächsA. 14 651, der insbesondere die Ansicht bekämpft, daß der Realvertrag durch die Einigung zu einem seinem Wesen nach abstrakten Rechtsgeschäfte werde, da, wenn die Einigung, wie dies zumeist der Fall sein wird, in dem obligatorischen Vertrag enthalten ist, der dem Kausalgeschäft anhaftende Willensmangel notwendig auch den dinglichen Realvertrag beherrscht, und da, wenn eine besondere Einigung vorliegt, der bei dem Kausalgeschäfte vorhandene Willensmangel wenigstens in der Regel zugleich die Gültigkeit der Einigung und damit auch diejenige des dinglichen Realvertrags beeinflussen wird. Auf einem ganz anderen Gebiete liegt die Einflußlosigkeit des mit der Rechtsänderung verbundenen Zweckes auf die Wirksamkeit der Einigung, die für jedes abstrakte Rechtsgeschäft und so auch für den dinglichen Realvertrag gilt.

Gegen Ortlieb, insbesondere dessen Auffassung, daß die Vorschriften, die für Willenserklärungen im allgemeinen gelten, auch schon auf die der Eintragung vorangegangene Einigung allein ihre Wirkung ausüben, wendet sich ferner Hedemann, AbürgR. 25 382: Die Bindung an den Vertragsantrag über Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit hinaus (§ 153), die Regeln für die Schwebezeit eines ohne Genehmigung von Minderjährigen geschlossenen Ver-

trags, insbesondere seiner Widerruflichkeit (§§ 108 ff.), ferner die Bestimmungen für die ähnliche Lage des Vertragsschlusses ohne Vertretungsmacht oder der Verfügung seitens eines Nichtberechtigten (§§ 177 ff., 185) können sämtlich auf die Einigung keine Anwendung finden.

➸ Übrigens führt Ortlieb 59—62 aus, daß eine Einigungserklärung unwirksam wird, wenn der Erklärende vor der Eintragung stirbt oder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 878 BGB. vorliegen. — Red. ⟵

II. Form des Kausalgeschäfts.

*Ortlieb a. a. O. 45, 46: Der obligatorische Vertrag auf Bestellung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstücke bedarf zu seiner Gültigkeit nicht der im § 873 Abs. 2 für die Einigung vorgeschriebenen Form (45, 46).

Ebenso Oberneck (3) I 251, welcher hervorhebt, daß im Falle eines einheitlichen Abschlusses des Kausalgeschäfts und des dinglichen Vertrags Mängel des Kausalgeschäfts auf den Bestand des Leistungsgeschäfts einwirken werden (BGB. § 139), ohne daß aber deshalb der Rechtsgrund der dinglichen Einigung in dem obligatorischen Zweckgeschäfte zu finden sei, da die dingliche Einigung eine abstrakte Willensbindung sei.

Vgl. auch unten **RG.** Ziff. 1 zu § 875 BGB.

III. Die Gebundenheit nach Abs. 2.

*Ortlieb a. a. O. 38 findet den Grund der Vorschrift des Abs. 2 in folgendem: Da die Einigung noch kein Vertrag ist, die bloßen Erklärungen also grundsätzlich noch nicht bindend sind, besteht die Gefahr, daß der aus Einigung und Eintragung zusammengesetzte Realvertrag oftmals trotz vorher ausgesprochener Einigung mit der Eintragung nicht zustande kommt, da eine der Parteien noch im letzten Augenblicke von der Einigung zurücktritt und somit bei der Eintragung selbst eine Einigung nicht mehr vorliegt. Um diese Gefahr zu vermeiden, mußte die Möglichkeit der Bindung auch an die bloße Einigung zugelassen werden. Dies allein ist die Bedeutung der Gebundenheit der Parteien nach § 873 Abs. 2, die von der Einigung streng zu scheiden ist.

Die Gebundenheit der Parteien an die Einigung nach § 873 Abs. 2 ist stets eine beiderseitige, nie eine einseitige. Ders. a. a. O. 20, 21 gegen Eccius in Gruchots Beitr. **47** 51 ff.

Im Falle des § 873 Abs. 2 genügt nicht die mündliche Abgabe der Einigungserklärungen vor dem Grundbuchamt oder die Einreichung von privatschriftlichen Urkunden an dieses, sondern die Erklärungen müssen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll erklärt oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (19, 20).

A. M. Oberneck (3) I 254, welcher (abgesehen von dem Falle der Auflassung) eine vor dem Grundbuchamt abgegebene, auch nicht protokollierte Erklärung und die Einreichung auch einer schriftlichen Erklärung für ausreichend erachtet. Ebenso Staudinger (2) 53. Vgl. Badische Grundbuchdienstweisung § 297c.

IV. Preußisches Agrarrecht.

1. *Spieß, ZBlFrG. **3** 173, **4** 743, 672, **3** 613 ff.: Von den Regeln der §§ 873, 875 BGB. Abweichendes gilt landesrechtlich — gemäß Art. 113 EG. — in Preußen bei den sog. agrarischen Auseinandersetzungen, insbes. der Grundstückszusammenlegung. Hier treten in der Hauptsache die dinglichen Wirkungen ein teils mit dem Akte der Einleitung des Verfahrens (dingliche Gebundenheit der Grundstücke), teils mit der Ausführung des endgültig festgestellten Auseinandersetzungsplans oder des Rezesses (Eigentumsüber-

gang mit den dadurch bedingten sonstigen dinglichen Wirkungen), teils mit der Unterzeichnung der Rezeßurkunde (Untergang von Rechten kraft Rechtsnachteils).

2. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege §§ 38, 7, 15, 26, 31: Die Pflicht zur Unterhaltung der gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke (s. bei § 96) bedarf keiner Eintragung im Grundbuche zu ihrer Rechtsbeständigkeit. Sie folgt vielmehr für die Miteigentümer solcher Anlagen, welche gleichzeitig die Eigentümer der damit untrennbar verbundenen Hauptgrundstücke sind, ohne weiteres aus diesem Miteigentumsverhältnis und zwar aus dem Rechtssatze, daß die Miteigentümer den Gegenstand des Miteigentums nach dem Verhältnis ihrer Teilnahmerechte zu unterhalten verpflichtet sind, und entsteht gleichzeitig mit dem Augenblicke der Entstehung solcher Anlagen selbst. Jener Rechtssatz ist für die althergebrachten Zweckgrundstücke in dem Ortsgewohnheitsrecht enthalten, für die rezeßmäßig begründeten im § 96 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7. Juni 1821 gegeben und deckt sich mit der Rechtsregel des § 748 BGB. Von einer Rechtsänderung im Sinne des § 873 BGB., bei welcher ein bisher freies Grundstück mit dem Rechte eines Dritten belastet würde, kann daher bei dieser gegenseitigen Pflicht der Miteigentümer keine Rede sein; der § 873 findet deshalb nicht Platz.

Erst dann, wenn einem oder allen Beteiligten von der gewöhnlichen Regel abweichende Unterhaltungspflichten auferlegt werden, ist deren grundbuchmäßige Eintragung aus § 1010 BGB. erforderlich.

V. Aus der Praxis:

1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 245: Für den Übergang einer Buchhypothek durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Vermächtnis bedarf es der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Machen daher die Erben des eingetragenen Gläubigers (zur gesamten Hand) die Hypothek geltend, so kann nicht eingewendet werden, die Hypothek sei zufolge Erbauseinandersetzung oder durch letztwillige Verfügung auf einen Miterben übergegangen und die Umschreibung bisher nur aus äußeren Gründen unterblieben.

2. BayObLG., RJA. **4** 108, SeuffA. **59** 151, ZBlFrG. **5** 65, BayOLG. **4** 782, R. **04** 18: Das Bestehen der allgemeinen Gütergemeinschaft beschränkt die Ehegatten nicht in dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe. Fällt der Erwerb in den Bereich der GG., so wird der Gegenstand sofort Gesamtgut. Dies gilt auch von einem Erwerbe, zu dem nach § 873 die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist. Der Umstand, daß in einem solchen Falle durch Eintragung des einen Ehegatten allein (ohne Erwähnung der GG.) als Berechtigten der Inhalt des Grundbucheintrags unrichtig wird, gibt dem Grundbuchamte nicht das Recht, die Eintragung abzulehnen.

§ 874. 1. KGJ. **28** A 262, RJA. **4** 270, PosMSchr. **04** 141, ZBlFrG. **5** 467 (KG.): Hat sich der Grundstückseigentümer gemäß § 800 ZPO. der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen der eingetragenen Hypothek gegen den jeweiligen Eigentümer unterworfen, so muß diese Unterwerfung zwar ausdrücklich im Eintragungsvermerk erwähnt werden (RJA. 3 94, 131, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 800 ZPO.), doch ist für den näheren Inhalt der Unterwerfungsklausel die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung statthaft.

2. KGJ. **26** A 271, OLG. **8** 130: Zur Bestimmung eines in das Grundbuch einzutragenden Rechtes an einem Grundstücke genügt nicht die Bezugnahme auf nicht mehr geltende Vorschriften des früheren Rechtes (z. B. des Rechtes der Scheidemauern nach altem rheinischen Rechte).

3. WürttJM., WürttZ. **46** 44: § 874 BGB. und § 50 GBO. finden auf andere Urkunden als die Eintragungsbewilligung keine Anwendung.

§ 875. 1. RG. JW. **04** 7, SeuffA. **59** 325, Gruchots Beitr. **48** 350: Das Kausalgeschäft, durch das die Verpflichtung zum Verzicht auf ein Nutzungsrecht übernommen wird, unterliegt nicht den für das dingliche Rechtsgeschäft gegebenen Formvorschriften.

2. SeuffA. 59 152 (KG.), ZBlFrG. **5** 37: Ist eine gepfändete Hypothekenforderung zur Einziehung überwiesen, so ist der Pfändungspfandgläubiger berechtigt, nach erfolgter Einziehung die Löschungsbewilligung zu erteilen, da er insoweit als Rechtsnachfolger des Gläubigers, wenn er auch das Recht im eigenen Namen ausübt, anzusehen ist. Vgl. OLG. **3** 392 (KG.).

§ 876. Vgl. Predari, JDR. **3** zu § 21 GBO.

§ 877. RG. JW. **04** 282 (o. § 399 Ziff. 8): Der § 399 BGB., wonach Forderungen die Übertragbarkeit durch Vertrag genommen werden kann, bezieht sich auch auf andere Rechte. Der Berechtigte kann also nicht dadurch, daß er erklärt, auf die Übertragbarkeit des Rechtes verzichten zu wollen, den anderen Teil zwingen, der Eintragung des so beschränkten Rechtes zuzustimmen.

§ 878. 1. Sekler, Lehre von der Vormerkung 227, ist der Ansicht, daß § 878 auch Anwendung findet auf Vormerkungen, die auf einer Einigung beruhen, oder in Fällen, wo die Vormerkung gemäß §§ 894 ff. ZPO. eingetragen wurde, daß dagegen Vormerkungen, die durch einstweilige Verfügung angeordnet oder von Amts wegen eingetragen werden, nicht unter dem Schutze des § 878 stehen.

2. Sekler a. a. O. 178: Als Verfügungsbeschränkung, die der Wirksamkeit der von dem Berechtigten abgegebenen Erklärung entgegenstehen könnte, ist eine Vormerkung nicht anzusehen. Denn wenn auch die Vormerkung ähnliche Wirkungen wie eine Verfügungsbeschränkung äußert, so schließt doch § 883 Abs. 2 BGB. die Anwendung des § 878 aus.

§ 879. 1. RG. **57** 277, JW. **04** 299: Das Rangverhältnis unter mehreren Rechten derselben Abteilung des Grundbuchs bestimmt sich ausschließlich nach der Reihenfolge, in welcher die Rechte tatsächlich zur Eintragung gelangt sind, und nicht nach der Reihenfolge, in welcher sie nach § 46 GBO. hätten eingetragen werden müssen. Von einer ungerechtfertigten Bereicherung der hiernach zu Unrecht mit besserem Range eingetragenen Gläubiger kann keine Rede sein, da sie nur das erlangt haben, was ihnen auf Grund der ihnen erteilten Eintragungsbewilligung und des Eintragungsantrags infolge ihrer Eintragung gebührte, selbst wenn sie bei ihrer Eintragung Kenntnis von der dem anderen Gläubiger früher erteilten und bei dem Grundbuchamte früher eingegangenen Eintragungsbewilligung gehabt hätten. Vgl. RG. **43** 216, Gruchots Beitr. **41** 1050, Oberneck (3) I 278 und Willenbücher 14, 15.

2. OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beil. 197: Wer eine Hypothek zu bestimmtem Range verspricht, genügt nicht seiner Verpflichtung durch Ausstellung einer beglaubigten Eintragungsbewilligung, sondern hat dafür einzustehen, daß bis zur wirklichen Eintragung in das Grundbuch keine andere den Rang jener Hypothek verschlechternde Eintragung erfolge. Vgl. auch Ziff. 7 zu § 19 GBO.

3. KGJ. **26** A 290: Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek an bereitester Stelle bedeutet, daß die Eintragung an der Stelle des Grundbuchs erfolgen soll, die zunächst frei ist und der betreffenden Eintragung nach dem Gesetze zukommt.

§ 880. 1. Wie Schröder nnd Planck, JDR. **2** Ziff. 1 zu § 880 auch Staudinger (2) 68 und Brand, Grundbuchsachen 113, dagegen empfiehlt Willenbücher 16 die Eintragung der Rangänderung bei beiden Rechten.

2. Oberneck (3) I 283: In der Zustimmung des Eigentümers zu einem Rangrücktritte liegt eine Verfügung über seine ihm etwa zufallende Eigentümer=

Hypothek, zu der der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und der Ehemann der Einwilligung seiner Frau bedarf. A. M. KGJ. **22** A 134, JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1445 BGB.

3. a) Kretzschmar, R. **04** 516, behandelt den Fall, daß ein Rücktritt mehrerer Rechte zugunsten eines und desselben Rechtes stattfindet und daß bei den Rücktretenden und dem Schuldner die Absicht obwaltet, es sollten die zurücktretenden Rechte unter sich den gleichen Rang wie bisher behalten, und meint, daß diese Absicht nur erfüllt werde, wenn sie in den einzelnen Rücktrittserklärungen zum Ausdrucke gekommen sei oder wenn die Rücktrittserklärungen gleichzeitig dem Grundbuchrichter vorgelegt werden. Dagegen glaubt er, daß es zu befremdenden Ergebnissen führe, — und er legt dies an einem Beispiele dar —, wenn der Rücktritt jedes Gläubigers einzeln verlautbart, bei dem Grundbuchamt eingereicht und von diesem nach Maßgabe des Einganges eingetragen werde.

b) v. Henle, R. **04** 597, bestreitet die Richtigkeit der von Kretzschmar in seinem Beispiel angewendeten Berechnungsart, legt vielmehr nach seiner Berechnung dar, daß sich das Rangverhältnis zwar ändert, je nachdem nur einzelne Hypothekengläubiger (und welche von ihnen) den Rücktritt erklärt haben, daß aber mit der Einreichung der letzten Erklärung in Ansehung der Stelle der Hypotheken sich stets das nämliche Ergebnis zeigt, wie wenn die Rücktrittserklärungen zusammen vorgelegt worden wären. Wollen sämtliche Gläubiger nur in ihrer bisherigen Reihenfolge zugunsten einer Hypothek zurücktreten, so müssen sie gleichzeitig in einer Urkunde den Vollzug der einzelnen Erklärung von dem der anderen abhängig machen, so daß der in der einzelnen Erklärung enthaltene Eintragungsantrag abgelehnt werden würde, weil er an einen Vorbehalt geknüpft sei (§ 16 Abs. 1 GBO.).

c) Ferner Wilisch, R. **04** 625: Vorrangseinräumung ist nicht gegenseitige Abtretung der Hypothekenstellen (Stellentausch), sondern Bewilligung, daß die Hypothek des Zurücktretenden beschränkt wird durch das Recht des Vortretenden, vor dem Zurücktretenden aus dem Grundstücke befriedigt zu werden, und Verzicht auf das Vorrecht gegenüber dem Vortretenden. Mehrere einer nachstehenden Hypothek gleichzeitig den Vorrang einräumende Hypotheken erhalten folglich nicht gleichen Rang, sondern das Rangverhältnis unter ihnen bleibt das alte.

Gegen Kretzschmar auch Bleugels RheinNotZ. **04** 257.

4. Aus der Praxis.

a) Wie KGJ. **21** A 306 — JDR. **1** Ziff. 5 zu § 880 — auch KGJ. **28** A 267.

b) OLG. **8** 106, ElsLothrNotZ. **24** 45, ElsLothrZ. **29** 260 (Colmar): Nur wenn eine Hypothek im Range zurücktritt, ist die Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks, auf dem sie lastet, erforderlich, nicht aber, wenn sie z. B. einer Dienstbarkeit vortritt, da in einem solchen Falle jede Möglichkeit einer Schädigung des Eigentümers ausgeschlossen ist.

c) KGJ. **28** A 139, RJA. **4** 243 (KG.): Die Eintragung einer Hypothek mit dem Vermerke, daß ihr vor dem jeweils getilgten Teile anderer im Range vorgehender Hypotheken der Vorrang zustehen soll, ist ohne Zustimmung der im Range vorgehenden Hypothekengläubiger und ohne Vorlegung der Hypothekenbriefe unzulässig.

d) OLG. Dresden, SächsA. **14** 503: Wird nur mit dem Teilbetrag einer Hypothek einer nachstehenden Hypothek der Vorrang eingeräumt, so haben beim Mangel besonderer Vereinbarungen der Beteiligten der vortretende Teil und der nicht zurücktretende Teil gleichen Rang untereinander, wie das

gleiche gelten würde, wenn die Hypothek im Wege des Erbganges oder der Erbauseinandersetzung auf mehrere Personen übergegangen wäre.

e) **RG.** Puchelts Z. 35 212: Das Versprechen, mit einer Hypothek zurückzutreten, damit der Eigentümer an Stelle der zurücktretenden eine andere aufnehmen und dadurch den zurücktretenden Hypothekengläubiger befriedigen kann, ist keine Schenkung.

§ 881. 1. Gegen den Versuch von Serini — vgl. JDR. **1** Ziff. 1 zu § 881 —, den Vorrangsvorbehalt durch Auslegung des § 881 als eine Art Vormerkung zu konstruieren, und seine Schlußfolgerung, daß nämlich die Zwischenhypothek erst nach der Vorrangs- und Vorbehaltshypothek zur Hebung kommen dürfe, Oberneck (3) I 289 unter Hinweis auf den Wortlaut des Abs. 4 des § 881, im übrigen aber unter Anerkennung der von Serini „mit großer Schärfe aufgedeckten Mißstände", wonach es vorkommen kann, daß der für die Vorrangshypothek zur Hebung kommende Betrag bei steigendem Zwangsversteigerungserlöse sinkt (vgl. dessen Beispiel 7d S. 31).

2. Aus der Praxis.

a) KGJ. **28** A 258, RJA. **4** 247, ZBlFrG. **5** 450 (KG.): Ein Rangvorbehalt für eine verzinsliche Hypothek kann nur eingetragen werden, wenn der Zinssatz der vorbehaltenen Hypothek angegeben ist. Der § 1119 BGB. würde nur Anwendung finden, wenn in dem Vorbehalt über die Zinsen überhaupt nichts festgesetzt oder die unbestimmt getroffene Festsetzung wenigstens insoweit begrenzt wäre, daß der mit Vorrang vorbehaltene Zinssatz nicht über fünf vom Hundert hinausginge.

b) KGJ. **28** A 255, OLG. **10** 106, RJA. **4** 250, ZBlFrG. **5** 452 (KG.): Zulässig ist die Eintragung einer Hypothek mit dem Vorbehalte, daß der Eigentümer befugt ist, eine andere Hypothek mit dem Range vor jener Hypothek eintragen zu lassen, daß aber der anderen Hypothek der Vorrang nur insoweit zustehen soll, als die Forderung, für welche die andere Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt. Der Umfang des Rechtes wird dadurch nicht zu einem unbestimmten, daß derjenige Teil ausscheiden soll, der Eigentümergrundschuld (§§ 1163, 1177 BGB.) bleibt, und über den der Eigentümer nicht anders als durch Löschung verfügen darf.

§ 882. Wie JDR. **1** Ziff 2 zu § 882 jetzt auch Oberneck (3) I 291 entgegen der früheren Auflagen, ebenso Willenbücher 19.

§ 883. Literatur: Bendix, Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung, JW. **04** 601 ff. — Bongartz, Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek. — Dollinger, Über Vormerkungen bei Wiederkaufsrechten, WürttZ. **46** 129. — Kretzschmar, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Vormerkung, SächsA. **14** 593 ff. — Leyser, Die rechtliche Natur der Vormerkung des BGB. — Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrechte. — Stintzing, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute? R. **04** 321. — Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten? Leipziger Dekanatsprogramm 1904. — Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung.

1. Sekler, Lehre von der Vormerkung (124): Die Vormerkung ist ein eigenartiges akzessorisches Recht an Grundstücken und Grundstücksrechten, welches die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belasteten Gegenstande gewährleistet. Die Vormerkung tritt zu dem Anspruche hinzu und kann von ihm gelöst werden, ohne daß der Anspruch in seinem Wesen geändert wird. Steht dem vorgemerkten Anspruch eine peremptorische Einrede entgegen, so kann die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden, der Anspruch bleibt aber auch nach Beseitigung der Vormerkung bestehen. Daß die Vormerkung ein „Recht" ist, geht aus § 887 hervor, und die Dinglichkeit dieses Rechtes zeigt sich in seinen

Wirkungen gegenüber kollidierenden Verfügungen (§ 883 Abs. 2) sowie im Konkurs und Erbgang (BGB. § 884 und KO. § 24). Deshalb findet auch (129) auf Vormerkungen, die nicht auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder nach Maßgabe der §§ 18 und 76 GBO. eingetragen werden, § 873 BGB. Anwendung. Die Aufhebung von Vormerkungen, die an Grundstücken bestehen, vollzieht sich nach § 875 BGB.; ist dagegen die Vormerkung an einem Grundstücksrecht eingetragen, so erfolgt ihre Aufhebung durch formlose Erklärung. Soll eine Vormerkung, die an einem Grundstücke besteht, in ihrem Inhalte geändert werden, so greift § 877 Platz und hiernach ist Einigung und Eintragung zu erfordern. Soweit aber die Inhaltsänderung auf eine Erweiterung der Vormerkung hinausläuft, kann sie auch auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragen werden.

(136): Bei Auffassung der Vormerkung als eines dinglichen Rechtes kann auch die Anwendbarkeit der §§ 891—899 BGB. auf bewilligte Vormerkungen nicht zweifelhaft sein, soweit das dingliche Recht selbst in Frage kommt; der obligatorische Anspruch erhält durch die Eintragung keinen Schutz. (142): Wer an der Vormerkung durch Rechtsgeschäft ein Recht erwirbt, wird auch wieder durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt, soweit das dingliche Recht in Frage kommt, gleichgültig, ob die Vormerkung ihrerseits durch Rechtsgeschäft oder auf andere Weise erlangt ist. (145): Wer den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf die Vormerkung anwendet, muß auch dem Berichtigungsverfahren Raum geben (BGB. §§ 894—899). Auch die §§ 22 u. 54 GBO. finden Anwendung.

Dagegen Kretzschmar, ZBlFrG. 5 40: Die Vormerkung ist kein Recht am Grundstücke, sondern ein Grundbuchvermerk, der für denjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht davon betroffen wird, eine Verfügungsbeschränkung mit sich bringt. Ist dies aber richtig, so kann nur in Frage kommen, ob die Bewilligung einer Vormerkung eine Verfügung enthält und ob deshalb der bewilligten Vormerkung der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im Umfange des § 893 BGB. zukommt. Diese Frage dürfte zu bejahen sein. Gegen die Zulässigkeit des Berichtigungsverfahrens ohne Zustimmung des Berechtigten: **RG. 53** 28.

2. Strohal, Dekanatsprogramm 1904: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten? erörtert die Frage, ob die Vormerkung das, was sie überhaupt zu leisten vermag, nach Maßgabe der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893 BGB.) auch dann leisten kann, wenn der Buchstand, auf dessen Grundlage die Eintragung der Vormerkung erfolgt ist, mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt, wenn z. B. zur Zeit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung Rechte, die das Grundstück belasten, zu Unrecht gelöscht waren oder die grundbuchliche Eintragung einer Verfügungsbeschränkung aus §§ 6, 7 KO. oder § 2113 BGB. unterblieben war oder dem als Eigentümer Eingetragenen das Eigentum an dem Grundstück in Wahrheit nicht zustand. In dieser Beziehung versagt Strohal der auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung den Schutz des öffentlichen Glaubens, da durch die §§ 892, 893 BGB. nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt werde, dagegen trifft nach seiner Meinung auf die bewilligte Vormerkung zwar nicht der § 892, wohl aber der § 893 BGB. zu, da die Bewilligung der Vormerkung ein Rechtsgeschäft ist, das eine Verfügung über das Recht enthält. Gegen diese Auffassung spricht nicht, wie Strohal gegen Biermann ausführt, der § 898 ZPO., da in diesem der § 895 ZPO. nicht erwähnt ist, weil § 895 hinsichtlich der darin erwähnten Vormerkung schon selbst deren Gleichstellung mit der rechtsgeschäftlich bewilligten Vormerkung aus-

spricht. Zur Anwendung des § 893 BGB. führt Strohal ferner aus: Die Bewilligung einer Vormerkung ist ein Rechtsgeschäft, da die mit ihr verbundenen Wirkungen innerhalb der vom Gesetze gezogenen Schranken kraft des Willens des Beteiligten eintreten, wobei hinsichtlich der sachenrechtlichen Gebundenheit des Bewilligenden der § 875 Abs. 2 BGB. entsprechend zur Anwendung zu bringen ist. Sie ist regelmäßig auch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Bewilligenden und demjenigen, welchem die Vormerkung rechtlich zustatten kommen soll, auch dann, wenn die Eintragung lediglich von dem sie Bewilligenden beantragt wird. Wo eine rechtsgeschäftliche Verständigung zwischen den Beteiligten nicht stattgefunden hat, liegt ein Rechtsgeschäft nicht vor und ist die Anwendung des § 893 BGB. ausgeschlossen. Die Bewilligung der Vormerkung ist auch ein Verfügungsgeschäft, bei dem den Gegenstand der Verfügung dasjenige Recht bildet, in Ansehung dessen die Vormerkung die Herbeiführung einer endgültigen Veränderung sichern soll, nur daß es zur Einwirkung auf das Recht auch noch der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Die unmittelbare Einwirkung der Vormerkung auf die Rechtsstellung des durch sie Betroffenen besteht in der Abschwächung seines Rechtes, in der Minderung seines rechtlichen Könnens, wozu noch als weitere bedeutsame Wirkung ein dem Vorgemerkten auch gegenüber Dritten gewährleistetes rechtliches Müssen des Betroffenen hinzutritt.

So auch schon Ungewitter, Gruchots Beitr. **48** 157 gegen Philipsen, IDR. **2** Ziff. 1 zu § 883 BGB., ferner Bongartz, Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, und Kretzschmar, ZBlFrG. **5** 157.

3. Kretzschmar, Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bei der Vormerkung, SächsA. **14** 593: Die Vormerkung ist kein (auch nicht ein besonders geartetes) Recht an einem Grundstücke, deshalb ist die Anwendung des § 892 BGB. auf sie ausgeschlossen. Dagegen hat die Bewilligung ihrer Eintragung die Eigenschaft einer Verfügung, nämlich der Unterwerfung unter eine Verfügungsbeschränkung, indem nach § 883 Abs. 2 BGB. der davon Betroffene in der Weise in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird, daß eine Verfügung, die fernerhin von ihm oder für ihn über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Deshalb kommt auf die bewilligte Vormerkung (im Gegensatze zu der durch einstweilige Verfügung angeordneten) auch die Vorschrift des § 893 BGB. zur Anwendung. Hiernach nimmt die bewilligte Vormerkung an dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, aber nur in beschränktem Maße, wie dies der § 893 vorsieht, teil, und deshalb kann insbesondere eine unwirksame Vormerkung nicht durch Übertragung auf eine andere Person zur Wirksamkeit gelangen. Deshalb bedarf es auch nicht der Eintragung eines Widerspruchs gegen eine Vormerkung; denn ist diese unwirksam, so bleibt sie es, auch wenn sie auf eine andere Person übertragen wird; ist sie aber wirksam, weil es sich nur um eine bewilligte Vormerkung handelt und der Gläubiger von der Unrichtigkeit des Grundbuchs keine Kenntnis hatte, so fehlt es an einer durch die Eintragung der Vormerkung begründeten Unrichtigkeit des Grundbuchs, gegen die ein Widerspruch eingetragen werden könnte. Dagegen kann in Ansehung des von der Vormerkung betroffenen Rechtes ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen werden, gleichviel, ob es sich um eine bewilligte oder um eine andere Vormerkung handelt. Vgl. auch SächsA. **15** 13.

4. Dagegen

a) Bendix, IW. **04** 602 Anm. 6: Gewiß kann man der Bewilligung

einer Vormerkung den Charakter einer rechtsgeschäftlichen „Verfügung" beilegen. Aber dieses Rechtsgeschäft wird nicht zwischen dem Vorgemerkten und dem anderen Teile vorgenommen, sondern ist ein durchaus einseitiger Akt dieses letzteren, die Zustimmung des Vorgemerkten ist, wenn sie auch vorliegt, für die Natur des Geschäfts völlig belanglos; anders bei der dinglichen Einigung (§ 873). Der § 893 setzt aber die Mitwirkung mehrerer als eine notwendige, nicht bloß zufällige, voraus. Hiernach kommt weder § 892 noch § 893 in Ansehung der Vormerkung zur Anwendung. Ebenso Willenbücher 23.

b) Stintzing, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu gute? R. **04** 321: Die Vormerkung ist keine Verfügung, sondern eine Art Vollstreckung, aber nicht Vollstreckung der Leistung, sondern lediglich der Erfüllungs-Bereitschaft. Die Leistungsbereitschaft wird dinglich festgelegt. Auch gegen jeden Rechtsnachfolger wirkt die Vormerkung; eben deswegen kann sie als Vollstreckung der Erfüllungsbereitschaft bezeichnet werden. Insofern läßt sich die Bewilligung der Vormerkung vergleichen mit dem Vollstreckungstitel gemäß § 794 Nr. 5 ZPO., nur bedarf es hier nicht erst noch einer vollstreckbaren Ausfertigung, weil das Grundbuchamt die Bewilligung prüft. Vgl. weiter SächsA. **15** 1 und Ziff. 2 zu § 893.

5. Stintzing a. a. O.: Die Verabredung, es solle eine Vormerkung eingetragen werden, bedarf keiner Form, um bindend zu werden, sondern nur, um sie für das Grundbuchamt verbindlich zu machen (GBO. § 29). Die Eintragung einer Vormerkung ist auch dann nicht fehlerhaft, wenn etwa das Grundbuchamt auf Grund der formlosen Bewilligung zur Eintragung schritte. Wäre § 873 Abs. 2 BGB. auf die Bewilligung der Vormerkung anwendbar, so würde aus der vertragsmäßigen Vereinbarung, es solle eine Vormerkung eingetragen werden, überhaupt nicht geklagt werden können. Die Bewilligung der Vormerkung hat aber mit der Einigungserklärung nichts gemein, deshalb finden auf sie §§ 873 Abs. 2, 875, 877 BGB. keine Anwendung. Ist die Bewilligung der Vormerkung vereinbart (BGB. § 305), so kann der Schuldner auf Bewilligung der Eintragung klagen; auf das hiernach ergehende Urteil findet aber nicht, wie Strohal annimmt, § 898 ZPO., sondern § 887 ZPO. Anwendung, da die Verurteilung zu einem bereits erklärten Einverständnisse keinen Sinn hat, die Beurkundung des Einverständnisses in der nach § 29 GBO. erforderlichen Form vielmehr nur eine Handlung ist, wofern man nicht schon in der Urschrift des Urteils selbst einen Ersatz dieser Handlung des Schuldners erblicken will.

Vgl. auch Ziff. 2 zu § 185 BGB.

6. Abs. 1.

Sekler a. a. O. 20: Unter „Einräumung eines Rechtes" gemäß § 883 Abs. 1 BGB. ist nicht bloß die Bestellung eines neuen Rechtes, sondern auch die Übertragung bestehender Rechte (vgl. § 873 Abs. 1) zu verstehen.

7. Abs. 2 Satz 1.

a) Predari 204 zieht aus der Relativität der Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen wichtige Folgerungen. Wird ein Grundstück, an dem der Anspruch auf Übereignung vorgemerkt ist, mit einer Hypothek belastet, so soll der Vorgemerkte über die Hypothek als Eigentümerhypothek verfügen können, sobald er als Eigentümer des betroffenen Grundstücks eingetragen ist. Dagegen Sekler 174: Die Eigentümerhypothek tritt nur unter bestimmten im Gesetze vorgesehenen Voraussetzungen ein, die hier nicht vorliegen. Predari denkt sich die Sache so: der Vorgemerkte braucht die Unwirksamkeit nicht weiter geltend zu machen, als er in seinem Interesse für gut findet. „Er wird sich mit dem Verzichte des Hypothekengläubigers auf die Hypothek begnügen können. Die praktische Konsequenz ist, daß er die Hypothek erwirbt . . . §§ 1169, 1168 BGB." Allein

aus der Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen erwächst für den Vorgemerkten kein Anspruch, auf Grund dessen er vom Gläubiger der unwirksamen Hypothek Verzicht verlangen könnte, vielmehr ist die Hypothek, wenn er deren Unwirksamkeit geltend macht, zu löschen.

b) *Brand, Grundbuchsachen 179: Der Grundbuchrichter darf die Vormerkung nicht etwa in der Weise berücksichtigen, daß er weitere Eintragungen bei dem Grundstück oder Rechte ablehnt und daher das Grundstück tatsächlich außer Verkehr setzt.

8. Abs. 2 Satz 2.

Sekler a. a. O. 183: a) Die Überweisung an Zahlungsstatt ist eine Verfügung, die unter § 883 Abs. 2 Satz 2 fällt; die Überweisung zur Einziehung enthält keine Verfügung über das gepfändete Recht, dagegen wird durch die Einziehung selbst über das Recht verfügt.

b) § 883 Abs. 2 Satz 2 ist nicht anwendbar auf einstweilige Verfügungen, durch die die Eintragung eines Widerspruchs oder eines Veräußerungsverbots angeordnet wird. Wird daher, nachdem die Bestellung einer Hypothek vorgemerkt ist, ein Veräußerungsverbot erlassen, so ist, wenn der Eigentümer trotz der Verfügungsbeschränkung die vorgemerkte Hypothek bestellt, diese Bestellung wirksam und verstößt nicht gegen § 135 Abs. 1 BGB.

9. Kann die Hypothekenvormerkung Gegenstand der Eigentümerhypothek sein? Vgl. JDR. **1** u. **2** Ziff. 7 zu § 883 BGB. Die Frage wird verneint von Biermann, W. u. V. 196, Staudinger (2) 469 und Sekler a. a. O. 156, der aus diesem Grunde zur Aufhebung (§ 1183) einer Hypothekenvormerkung und der Abtretung ihres Ranges (§ 880 Abs. 2 Satz 2) sowie zu ihrer Löschung die Zustimmung des Grundstückseigentümers nicht erfordert (GBO. § 27 Abs. 1). Ebenso Predari, BuschsZ. **25** 506 gegen Dernburg (2) III 616. In der 3. Auflage (III 645 Anm. 3) gibt Dernburg unter Hinweis auf KGJ. **25** A 170, OLG. **5** 390 — JDR. **1** Ziff. 7 zu § 883 — seine entgegengesetzte Ansicht auf, dagegen ist nunmehr Oberneck (3) I 661 im Gegensatze zu der von ihm in Gruchots Beitr. **47** 324 — JDR. **2** Ziff. 7 zu § 883 — vertretenen Ansicht der Meinung, daß im Punkte des Ranges die Vormerkung die gleiche Wirkung wie die Hypothek selbst hat. Übereinstimmend Bruck, Eigentümerhypothek 170, Kindel (Festgabe für Koch) 107.

10. Einzelne Fälle:

Außerordentlich bestritten ist die Frage, ob das Anfechtungsrecht aus § 7 AnfG. oder § 37 KO. vorgemerkt werden kann. Von einigen Schriftstellern wird angenommen, daß die Anfechtung dingliche Wirksamkeit habe und deshalb wie die gewöhnliche Anfechtung aus § 142 BGB. die Nichtigkeit der Rechtsänderung herbeiführe, so daß nur das Sicherungsmittel des Widerspruchs in Frage kommen kann. So Hellwig, BuschsZ. **26** 474, und Verträge auf Leistung an Dritte 379, Crome I 352 § 80. Andere vertreten die Ansicht, daß nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückgewähr vorliegt, welcher, sofern er ein eintragungsfähiges Recht betrifft, der Sicherung durch Vormerkung fähig ist. Sekler a. a. O. 36, 37, Oberneck (3) I 347 und die dort angeführten Schriftsteller. Bolck (DJZ. **02** 343), Bendix (R. **02** 505) und Hellwig (BuschsZ **26** 490) sehen in dem Anfechtungsrechte nach § 7 AnfG. nur einen auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das veräußerte Grundstück oder Recht gerichteten Anspruch, der einer Vormerkung nicht zugänglich ist, aber durch ein Veräußerungsverbot nach § 938 ZPO. geschützt werden kann.

11. Vorkauf und Wiederkauf als Gegenstand der Vormerkung.

a) *Bendix, JW. **04** 601: Der Vorkaufsberechtigte hat einen künftigen, nicht bedingten Anspruch auf Übereignung des Vorkaufsgegenstandes, dieser Anspruch steht ihm zu, „sobald" (nicht wenn) der Verpflichtete den Kaufvertrag darüber mit einem Dritten abgeschlossen und er, der Berechtigte, von seinem Vorkaufsrecht in der bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat. Zur Sicherung dieses künftigen Auflassungsanspruchs ist mithin auf Grund des persönlichen Vorkaufsrechts die Eintragung einer Vormerkung nach Satz 2 zulässig.

Auch das bloße persönliche Wiederkaufsrecht erzeugt für den Fall seiner Ausübung einen Anspruch auf Übereignung des Kaufgegenstandes. Dieser Anspruch entsteht sofort; nur seine Ausübung, die von der bloßen Willkür des Berechtigten abhängt, steht noch aus. Sie ist aber an den Eintritt eines späteren, dem Willen des Berechtigten entzogenen Ereignisses im Gegensatze zum Verkaufe nicht geknüpft. Der Wiederkauf begründet mithin einen gegenwärtigen Anspruch auf eine künftige Leistung. Sofern dieser Anspruch auf Bewirkung einer im Grundbuch eintragungsfähigen Rechtsänderung, also z. B. auf Grundstücksauflassung gerichtet ist, kann er nach Satz 1 ebenfalls durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Vgl. auch Ziff. 1 und 2 zu § 1094 BGB.

b) *Dollinger, WürttZ. **46** 129: Das BGB. kennt nur obligatorische Wiederkaufsrechte. Doch ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums zulässig (a. M. Turnau-Förster (2) I 514). Ein positives Argument hierfür ist dem § 1098 Abs 2 BGB. zu entnehmen. Praktische Unzuträglichkeiten ergeben sich, wenn die Rollen des obligatorisch zum Wiederverkaufe Verpflichteten und des Grundstückseigentümers auseinanderfallen.

Beim Eintrag ist die Fassung „Vormerkung eines Wiederkaufsrechts" unzulässig, da das Wiederkaufsrecht nach BGB. § 497 nur das Recht ist, durch eigene Erklärung einen Kaufvertrag zustande zu bringen, also nicht das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen und somit kein „Anspruch" im Sinne der §§ 194, 883 BGB.

c) Auch Sekler a. a. O. 23, 24 bejaht die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung für ein persönliches Vorkaufsrecht oder Wiederkaufsrecht, da es sich um den durch Ausübung des persönlichen Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts entstehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums oder Abtretung eines Rechtes handelt. Durch die Vormerkung erlangt das persönliche Vorkaufsrecht nicht die Wirkungen eines dinglichen (dagegen Predari 197), da die in den §§ 1094 ff. vorgesehenen Voraussetzungen und Wirkungen nicht allenthalben für das vorgemerkte persönliche Vorkaufsrecht zutreffen.

Willenbücher 133 nimmt an, daß nicht das Wiederkaufsrecht selbst, wohl aber der durch Ausübung dieses Rechtes entstehende Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung verdinglicht werden kann.

12. Aus der Praxis.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 934: Eine Vormerkung, welche den Verkauf eines Grundstücks verbietet, hindert den Eigentümer nicht an dessen weiterer Belastung. Eine ausdehnende Auslegung der Vormerkung über ihren Wortlaut hinaus ist unzulässig.

b) OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 285: Die Einleitung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks schließt nicht aus, daß nach ihrem Eintritt ein schon vorher bestehendes Recht vorgemerkt wird, weil hiernach nichts geschieht, was gegen das in der Beschlagnahme liegende Veräußerungsverbot verstieße.

c) AG. Straßburg, ElsLothrNotZ. **24** 115: Die Vormerkung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks ist unzulässig, da die Vormerkung subjektiv-dinglicher Rechte unzulässig ist.

d) OLG. 7 368, R. **04** 18 (KG.): Ist der Hypothekenbrief dem Eigentümer auszuhändigen, so kann der Anspruch des eingetragenen Gläubigers darauf, daß ihm der Eigentümer die Hypothek verschaffe, durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden.

e) OLG Dresden, SächsA. **14** 233: Zulässig ist die Vormerkung des Anspruchs auf Rückzession von Hypotheken, die der Gläubiger aus Anlaß eines zwischen Dritten geschlossenen Grundstückskaufs abgetreten hat, wenn behauptet wird, daß der Grundstücksverkauf (wegen Formmangels) nichtig sei.

f) **RG. 56** 14, JW. **04** 5, ZBlFrG. **4** 496, SeuffA. **59** 407, R. **04** 105: Der Anspruch auf Pfändung einer Hypothek kann nicht durch die Eintragung einer Vormerkung mit den Wirkungen des § 883 BGB. gesichert werden, da § 883 nur solche privatrechlichen Ansprüche im Auge hat, denen die Verpflichtung gegenübersteht, die Eintragung des Rechtes auf Verlangen des Berechtigten zu bewilligen und dadurch das Recht einzuräumen (§§ 194, 873 BGB., § 19 GBO.), während bei der Pfändung ein solcher Anspruch nicht besteht, die Eintragung der Pfändung vielmehr kraft Gesetzes auf Grund des Pfändungsbeschlusses (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3) erfolgt, ohne daß eine Verpflichtung des Schuldners, die Eintragung zu dulden oder gar herbeizuführen, in Frage kommt. Ebenso OLG. Dresden, Buschs Z. **33** 85, und Reichel a. a. O. 89.

g) LG. Straßburg, ElsLothrNotZ. **24** 117: Die Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung der Zwangsvollstreckungsklausel nach § 800 ZPO. ist nicht zulässig, wenn nicht in der Schuldurkunde vereinbart ist, daß in einer besonderen Notariatsurkunde die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu erklären ist.

Hierzu Wilhelm, DJZ. **04** 1082: Bei Begründung und Eintragung einer Höchstbetragshypothek kann eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Zwangsvollstreckungsklausel nach § 800 Abs. 1 ZPO. nur dann eingetragen werden, nachdem eine Verpflichtung zur Umwandelung der Höchstbetragshypothek in eine Hypothek mit bestimmtem Forderungsbetrage für den Fall der späteren Festsetzung der Forderung eingegangen und eine entsprechende Vormerkung bewilligt ist, auch der Anspruch auf Umwandelung gleichzeitig mit dem Anspruch auf die Zwangsvollstreckungsklausel vorgemerkt wird.

h) Herrmann, WürttZ. **46** 231: Rechte, insbesondere Eigentumsrechte an Grundstücken für noch nicht existierende Personen (nachgeboren werdende Kinder) können weder erworben noch durch Vormerkung gesichert werden. Hat ein Vater für seine bereits lebenden und noch geboren werdenden Kinder ein Grundstück erworben, so dürfte es keinem Anstand unterliegen, die zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandenen Kinder allein als Eigentümer zu behandeln. Vgl. auch noch die Entsch. Ziff. 2 zu § 1114 BGB.

13. Über das Schicksal einer Vormerkung, Reallast, beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, eines dinglichen Vorkaufsrechts, im Falle in Preußen — Art. 113 EGBGB. — das dem Rechte unterliegende Grundstück einer Grundstückszusammenlegung unterworfen wird, vgl. *Spieß, ZBlFrG. **4** 661 ff.

§ 884. Sekler, Lehre von der Vormerkung 216: § 884 findet auch Anwendung, wenn der Erblasser das Grundstück zwar selbst verkauft hat, die Vormerkung jedoch erst gegen den Erben, also nach dem Erbfall erlangt worden ist. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 884 BGB.

(217): Gleichgültig ist, ob der Gegenstand, der durch die Vormerkung belastet wird, zum Nachlaß oder zum Erbengute gehört. Ebenso Fuchs 123, a. M. Turnau-Förster I 170.

(218): § 884 gilt auch für solche Fälle, wo die vorgemerkte Verpflichtung nicht schon gegen den Erblasser bestanden hat, sondern erst (als Nachlaßverbindlichkeit) durch den Erbfall erwachsen ist, wenn z. B. der Erblasser ein dem nachmaligen Erben gehöriges Grundstück einem Dritten vermacht hat und der Erbe vor oder nach dem Erbfalle für den Vermächtnisanspruch eine Vormerkung hat eintragen lassen. A. M. Turnau-Förster I 170, Biermann 161.

§ 885. 1. LG. Dessau, ThürBl. **51** 103: Voraussetzung der einstweiligen Verfügung ist nicht ein streitiges Rechtsverhältnis.

2. **RG. 56** 251: Hat bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil für seinen Anspruch eine Vormerkung auf dem Grundstücke des anderen Teiles eintragen lassen, so kann der letztere gegenüber der wider ihn erhobenen Leistungsklage verlangen, zu der Leistung nur Zug um Zug gegen Einwilligung des klagenden Teiles in die Löschung der Vormerkung verurteilt zu werden. Der § 320 BGB. kommt hier entsprechend zur Anwendung, dagegen greift § 894 BGB. nicht Platz, wie Planck Anm. 2 zu § 875, für den Fall des Erlöschens des vorgemerkten Anspruchs durch Zahlung annimmt. Auch von einem Zurückbehaltungsrecht im Sinne der §§ 273, 274 ist hier nicht die Rede.

§ 888. 1. Oberneck (3) I 359 hält seine Ansicht, daß der Anspruch gegen den Dritten nach § 888 BGB. ein persönlicher im Sinne der obligatio in rem scripta ist, aufrecht. Die obligatio mit einem bestimmten Verpflichteten verwandelt sich kraft Gesetzes in eine obligatio mit einem unbestimmten Verpflichteten, indem sie zwar nicht wie bei einem dinglichen Rechte gegen jedermann, wohl aber gegen jeden ergeht, der sie grundbuchmäßig allein erfüllen kann.

Sekler, Lehre von der Vormerkung 199, bezeichnet den Anspruch aus § 888 Abs. 1 als „Vormerkungsanspruch“, der sich aus dem Vormerkungsrecht ablöst wie die actio hypothecaria aus dem Pfandrecht.

2. Oberneck (3) I 365: Ist der Prozeß des vorgemerkten Berechtigten gegen den ursprünglichen Schuldner auf Umschreibung der Vormerkung anhängig und tritt im Laufe des Rechtsstreits oder nach seiner Beendigung ein Wechsel im Eigentume des Grundstücks oder des Grundstücksrechts ein, so greift § 888 BGB. ebenfalls durch. Das gegen den ursprünglichen Schuldner ergehende Urteil hat keine Rechtskraft gegen den Buchberechtigten, die §§ 266, 325 ZPO. sind nicht anwendbar. Es bedarf einer besonderen Klage gegen den Buchberechtigten auf formgerechte Zustimmung. Anders die früheren Auflagen.

A. M. Sekler a. a. O. 204: Macht der Vorgemerkte seinen Anspruch gegen den Verpflichteten oder den dritten Erwerber im Klagewege geltend, so wird dadurch der durch die Vormerkung betroffene Gegenstand in Streit befangen (res litigiosa). Das darauf ergehende Urteil wirkt daher sowohl gegen den Verpflichteten, als auch gegen den Dritten (ZPO. § 325).

3. Sekler a. a. O. 189: Die Fassung des § 888 Abs. 1 ist zu eng, die Vorschrift ist vielmehr in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß jeder Dritte, zu dessen Gunsten eine vormerkungswidrige Verfügung, insbesondere eine Inhalts- und Rangsänderung oder eine Löschung erfolgt ist, zur Mitwirkung verpflichtet wird. Ebenso Planck 103, Biermann 208.

(196): Die Zustimmung des § 888 hat mit der Zustimmung, von der die §§ 182 ff. sprechen, nichts anderes als den Namen gemeint: diese ist ein materielles Erfordernis, von welchem die Wirksamkeit einer Verfügung abhängt, jene dagegen ist ein instruktionelles Erfordernis, wie die GBO. viele

kennt. Daher ist es nicht richtig, wenn Planck, Fuchs, Turnau-Förster und Oberneck bei § 888 auf die §§ 182 u. 185 verweisen.

4. Sekler a. a. O. 205: Der Dritte kann nicht nur Einreden vorbringen, die in seiner Person entstanden sind (Stundung und Verzicht), sondern er darf sich auch auf alle diejenigen Einwendungen berufen, die dem Verpflichteten zustehen, insbesondere ist ihm nicht die dilatorische Einrede zu versagen, daß dem Verpflichteten ein Anfechtungsrecht zustehe. Wenn der Verpflichtete auf eine Einrede verzichtet, verliert sie der Dritte nicht. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3 zu § 888 BGB.

5. Abs. 2.

a) Über die verschiedene rechtliche Behandlung der Vormerkung und des Veräußerungsverbots s. Sekler 113 ff.

b) OLG. Marienwerder, R. **04** 631: Die Bestimmung des Abs. 2 hat nur die gesetzlichen und richterlichen Verfügungsbeschränkungen, welche das BGB. anerkennt (§§ 135, 136), im Auge und findet keine Anwendung bei rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen, welche vor dem 1. 1. 00 begründet und in dem Grundbuch eingetragen sind.

§ 889. Der § 889 gilt auch für Vormerkungen, die an Grundstücken eingetragen sind, da das Erlöschen des obligatorischen Anspruchs oder die Unmöglichkeit der erstrebten Leistung den Untergang der akzessorischen Vormerkung nach sich zieht. Sekler 134, dagegen JDR. **1** Ziff. 1 zu § 889 und Willenbücher 29.

§ 891. 1. OLG. **10** 88, RJA. **5** 125 (KG.): Steht ein Recht für eine Mehrheit von Personen nach dem Grundsatze der Gemeinschaft zur gesamten Hand eingetragen, und zwar, entsprechend der Ordnungsvorschrift des § 48 GBO., unter Angabe des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses, so erstreckt sich die Vermutung auch hierauf, und diese ist auch für den Grundbuchrichter bindend (vgl. KGJ. **20** A 183), es sei denn, daß sich aus den eigenen Erklärungen der Beteiligten, den vorgelegten Urkunden, den Grundakten oder sonst glaubhaft zur Kenntnis des Grundbuchrichters gekommenen Tatsachen sachliche Bedenken wegen der Richtigkeit des Grundbuchs ergeben. Die Vermutung erstreckt sich daher auch auf das Bestehen eines bestimmten ehelichen Güterstandes, wenn die Eheleute unter Angabe dieses Güterstandes als Berechtigte im Grundbuch eingetragen sind. Vgl. KGJ. **14** 479, **15** 377.

2. OLG. **8** 186 (Dresden): Die Eintragung des Eigentümers im Grundbuche verpflichtet diesen auf Grund der im § 891 aufgestellten Vermutung zur Einlassung auf jeden Anspruch, der gegen ihn als Eigentümer erhoben wird. Er kann daher der gegen ihn auf Einräumung eines Notwegs gerichteten Klage nicht entgegensetzen, daß er bei dem Erwerbe des Grundstücks minderjährig und nicht gehörig vertreten gewesen sei.

3. OLG. Cöln, RheinA. **100** I 144: Die Vermutung, daß das im Grundbuch eingetragene Recht dem Eingetragenen zusteht, bezieht sich auch auf die infolge des Anlegungsverfahrens bewirkten Eintragungen.

4. **RG.** R. **04** 18, BadRpr. **04** 85: Nach § 891 sind nur das Bestehen eines eingetragenen Rechtes und die Tatsachen, die es erzeugt haben, zu vermuten, dagegen erstreckt sich die Vermutung nicht auf rein tatsächliche Angaben, wie die Beschreibung der Gebäude.

§ 892. 1. Regelsberger, Iherings J. **47** 339, 358 bekämpft die (z. B. von Gierke, Pappenheim, Endemann, Cosack, Crome und Hellwig vertretene) Ansicht, daß der Rechtserfolg des redlichen Erwerbes zurückzuführen sei auf die Legitimation, d. h. die rechtliche Macht des Veräußerers zur Rechtsübertragung, nur daß diese Legitimation der Rechtsmacht des Eigentümers nicht ebenbürtig sei und darum der Ergänzung durch den guten Glauben des Ver-

äußerers bedürfe, findet vielmehr den Grund für den Eintritt des Rechtserwerbes trotz mangelnden Eigentums des Veräußerers in dem durch die Umstände gerechtfertigten Vertrauen des Erwerbers in den rechtlichen Erfolg des Geschäfts, so daß sein guter Glaube, nicht irgend eine Übertragungsmacht des Veräußerers die Grundlage seines Erwerbes ist. Regelsberger sieht ferner (368) in dem sog. Erwerbe vom Nichtberechtigten nicht einen abgeleiteten, sondern einen ursprünglichen Erwerb, da das Eigentum des redlichen Erwerbers nicht darin seinen Grund hat, daß es bisher ein anderer hatte.

2. Angaben des Grundbuchs über den Umfang der Grundstücke. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 zu § 892 BGB..

a) KGJ. **27** A 86, OLG. **8** 213, SchlHolstAnz. **04** 138 (KG.): Soweit die katastermäßigen Bestandsangaben des Grundbuchs sich nur über die Lage, die Größe und die sonstige äußere Gestaltung des Grundstücks verhalten, handelt es sich lediglich um tatsächliche Angaben, auf die sich der Glaube des Grundbuchs nicht erstreckt. Dagegen geben solche Katasterangaben, aus denen zu entnehmen ist, welche Teile der Erdoberfläche in den Bereich der Herrschaft der im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte, namentlich des Eigentumsrechts fallen, diesem Rechte hinsichtlich des Gegenstandes, auf den sie sich beziehen, ihre Umgrenzung und bringen insofern den Umfang und Inhalt dieser Rechte zur Darstellung. Demnach betreffen sie den Rechtszustand des Grundstücks, und durch ihre Änderung erfahren zugleich die dinglichen Rechtsverhältnisse eine Umgestaltung. Deshalb ist es unzulässig, ohne die förmlich erklärte Zustimmung des Eigentümers von einem Grundstück einen Teil abzuschreiben und auf das Grundbuchblatt eines anderen zu übertragen, es müßte denn im Prozeßwege festgestellt sein, daß der Erwerber des Grundstücks bei dem Erwerbe Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Grenzstreifens gehabt oder daß auf diesen bei der Auflassung sein Erwerbswille sich nicht miterstreckt, insoweit also in Wahrheit eine Auflassung nicht stattgefunden hätte (**RG**. **46** 227, JW. **97** 335, **99** 680, **00** 43, Gruchots Beitr. **34** 707, **37** 1098, **45** 943). Aber auch der Einwilligung der in Abt. II und III eingetragenen dinglich Berechtigten, die im zu vermutenden guten Glauben an die Bestandsangaben Rechte erworben haben, würde es zur Berichtigung des Grundbuchs bedürfen. Demgemäß ist das Grundbuchamt angewiesen worden, nach § 54 GBO. bei der Eintragung einen Widerspruch einzutragen.

b) OLG. **8** 312 (KG.): Nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht eine Berichtigung auf Grund des Flurbuchanhanges, wenn die aus diesem in das Grundbuch übernommene anderweite Größenangabe nicht in der Veränderung der Grenzen, sondern in einer Neuvermessung innerhalb der alten Grenzen ihren Grund hat.

3. Doppelbuchungen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 2 zu § 892 BGB.

RG. **56** 58, JW. **04** 62: Ist ein Grundstück versehentlich auf mehreren Grundbuchblättern eingetragen, so versagt in solchem Falle die für das Recht des Eingetragenen sprechende Vermutung (BGB. § 891). Denn da für den anderen Eingetragenen die gleiche Vermutung sprechen würde, so heben sich die beiden Vermutungen gegenseitig auf. Es muß also dann derjenige, welcher aus dem Eigentume klagen will, seinen Erwerb nach materiellem Rechte nachweisen. Ebenso Planck (3) Anm. 4 zu § 892 BGB. u. Oberneck (3) I 301.

4. **RG**. **57** 277, JW. **04** 299: Für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist lediglich der Inhalt des Grundbuchs selbst, nicht auch das sog. Präsentationsregister maßgebend. Die Ansicht von R. Förster, R. **03** 351 — JDR. **2** Ziff. 7 zu § 892 BGB. —, wonach jede Eintragung als bereits in dem Augenblick als ausgeführt gelten soll, in welchem sie beim Grund=

buchamte beantragt wurde, findet keinen Anhalt im Gesetze. Dem Rechtserwerbe des Gläubigers einer Hypothek steht die Kenntnis von dem früheren Eingange des Eintragungsantrags eines später eingetragenen Gläubigers nicht entgegen; ein zur Erhaltung der Wirkung dieser Kenntnis gegen seine Rechtsnachfolger gerichteter Widerspruch ist daher wirkungslos. Gegen Förster auch Oberneck (3) I 304 Anm. 41.

5. KGJ. 28 A 94 (KG.): Eine Vorschrift, wonach, wenn das Recht des Rechtsurhebers unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zur Eintragung gelangt ist, der § 892 überhaupt nicht zur Anwendung zu kommen oder etwa die Nichtberechtigung des Rechtsurhebers als dem Erwerber bekannt ohne weiteres zu gelten hätte, besteht nicht. In dem Beschlusse OLG. 8 188 ist nur ausgesprochen, daß eingetragene Miteigentümer, welche die Eintragung ihres Miteigentumsrechts auf Grund von Auflassungen erlangt haben, welche einzelne von den als Eigentümer eingetragenen Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft erklärt hätten, nicht wahre Eigentümer geworden seien, insbes. sich für den Erwerb des Miteigentums auch nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen könnten, da nach dem Inhalte des Grundbuchs selbst die auflassenden Miterben zur Zuweisung von Miteigentumsanteilen an die Auflassungsempfänger nicht berechtigt seien. Über die Frage, ob derjenige, der die rechtsungültig eingetragenen Miteigentumsrechte von den als Berechtigten Eingetragenen auf Grund fernerer Auflassung und Eintragung erworben hat, sich für seinen Erwerb auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen könnte, ist dort eine Entscheidung nicht getroffen worden.

6. OLG. Jena, ThürBl. 51 67: Hinsichtlich eines Grundstückserwerbers, der davon Kenntnis hat, daß der bisherige Eigentümer in bezug auf das Grundstück gewisse Verpflichtungen übernommen hatte, ist, falls er annehmen konnte, daß diese Verpflichtungen nicht dinglicher Natur seien, nicht anzunehmen, daß ihm die Richtigkeit des Grundbuchinhalts bekannt geworden sei.

7. *Spieß, ZBlFrG. 4 742, 744, 673, 674: Bei dem Rechtsgeschäfte der Grundstückszusammenlegung ist landesrechtlich in Preußen der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs durchbrochen, nicht bloß in dem Sinne, daß hier, wenn auch nur als Ausnahme, eine Eigentümerlegitimation gegen den Inhalt des Grundbuchs zugelassen ist, sondern auch insofern, als die Wirkungen des Verfahrens, die (vgl. Ziff. IV 1 zu § 873 BGB.) zu ihrer Entstehung in der Hauptsache der Eintragung nicht bedürfen, auch gegen denjenigen in Kraft treten, der ohne Kenntnis von dessen Anhängigkeit dingliche Rechte an den beteiligten Grundstücken erworben hat, gleichgültig, ob diese Anhängigkeit aus dem Grundbuche hervorging oder nicht.

Erfolgt schon vor der völligen Beendigung des Verfahrens eine vorläufige Berichtigung des Grundbuchs durch Überschreibung einer Abfindung auf den Erwerber, so muß ein den öffentlichen Glauben des Grundbuchs in dieser Hinsicht ausschließender besonderer Vermerk mit eingetragen werden.

8. Abs. 1 Satz 2. Verfügungsbeschränkungen.

a) Oberneck (3) I 314: Die Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung wirkt nach §§ 161, 163 BGB. wie eine Verfügungsbeschränkung, was namentlich aus § 161 Abs. 3 erhellt. Wirksamkeit gegen gutgläubige Dritte hat diese Art der Verfügungsbeschränkung nur infolge der Eintragung oder bei Kenntnis des Dritten. Ebenso Staudinger (2) 101.

b) OLG. Hamburg, ZBlFrG. 5 254: Die Bestimmungen der §§ 59, 60 RGes. v. 12. 5. 01, wonach über den Prämienreservefonds nur mit Genehmigung des kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung verfügt werden darf, enthalten ein gesetzliches Veräußerungsverbot zum Schutze der am

Prämienreservefonds interessierten Versicherten (BGB. § 135), dessen Eintragung im Grundbuch (z. B. bei einer Grundschuld) nach § 892 BGB. zulässig ist.

c) *Spieß, ZBlFrG. **4** 746: Grundbuchsvermerke mit der Wirkung eines absoluten Veräußerungsverbots kennt das BGB. nicht. Dagegen besteht landesrechtlich — Art. 113 EG. — in Preußen noch ein solcher „Sperrvermerk" im Sinne der älteren preußischen GBO., nämlich der im sog. agrarischen Auseinandersetzungsverfahren aus § 59 V. v. 30. 6. 34 (in Abt. II) einzutragende Vermerk über Vereinbarung einer Kapitalabfindung.

9. Abs. 2. KGJ. **27** A 97, OLG. **8** 107, RJA. **4** 110 (KG.): Im Falle des § 892 Abs. 2 kann der gute Glaube überhaupt nur in Frage kommen, wenn ein Erwerb stattgefunden hat. Der durch die Auflassung gewinnende Teil hat daher durch die Stellung des Eintragungsantrags das dingliche Recht noch nicht erworben. Dann ist aber trotz der Entgegennahme der Auflassung das Grundbuchamt nicht behindert, die Eintragung zu versagen, wenn es findet, daß der Eintragung materielle, zwar nicht aus dem Grundbuche selbst, wohl aber aus den Grundakten ersichtliche Bedenken gegen die Person des Auflassungsgebers (z. B. die mangelnde Zustimmung der fideikommißberechtigten Familie und der Aufsichtsbehörde) entgegenstehen.

§ 893. 1. **RG. 56** 414, JW. **04** 175: Der § 893 ist bei Kapitalszahlungen auf Briefhypotheken und Grundschulden nicht anwendbar, da hierbei der Schuldner durch die Vorschriften des § 1160 und des § 1144 BGB. geschützt ist. Deshalb kann gegenüber der Grundschuldklage des eingetragenen Gläubigers, nachdem dieser im Laufe des Rechtsstreits den Grundschuldbrief auf Verlangen des Beklagten vorgelegt hat, der Beklagte nicht mit der Behauptung gehört werden, daß der Kläger vor Anstellung der Klage die Grundschuld unter Aushändigung des Grundschuldbriefs abgetreten habe und zur Zeit der Klagerhebung nicht im Besitze des Briefes gewesen sei.

2. Vgl. wegen der Anwendbarkeit des § 893 auf bewilligte Vormerkungen oben Ziff. 1 ff. zu § 883 BGB. und ferner

*W. Stintzing, Vormerkung und öffentlicher Glaube, SächsA. **15** 1: Dem Vorgemerkten kommt der öffentliche Glaube nicht zustatten, auch wenn Bewilligung (§ 885) vorliegt. Die Bewilligung der Vormerkung ist kein Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern eine Erklärung an das Grundbuchamt, durch welche die richterliche Kognition überflüssig wird. Die Vormerkung ist keine Verfügung über ein Buchrecht, sondern führt eine Beschränkung der Befugnis zur Verfügung über ein solches herbei. Als Rechtsgeschäft wäre der Vorgang nach § 137 unwirksam.

§ 894. 1. *L. Goldmann, Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung 40 ff.: Der Berichtigungsanspruch ist kein dinglich negatorischer Anspruch. Seine Ausschließung von der Kategorie der dinglichen Ansprüche wird dadurch gefordert, daß er nicht, wie die bisher in der Theorie als „dinglich" bezeichneten Ansprüche, auf einer den dinglichen Rechten eigentümlichen Rechtsverletzung beruht. Dies hat zur Folge, daß er zugunsten anderer als dinglicher Rechte nicht nur begrifflich verwendet werden könnte, sondern auch tatsächlich im geltenden Rechte verliehen wird, und daß eine weitere Ausdehnung dieser Verwertung möglich und dem praktischen Bedürfnis entsprechend erscheint. Aber auch soweit er zum Schutze dinglicher Rechte dient, unterscheidet er sich von den dinglichen Ansprüchen dadurch, daß er nicht wie diese aus dem Inhalte der dinglichen Rechte oder aus einer durch die Bucheinrichtung geschaffenen Erweiterung dieses Inhalts abgeleitet werden kann. Andererseits hat der Berichtigungsanspruch auch nicht, wie Schilde annimmt, eine selbständige Grundlage in dem Berichtigungsinteresse. Der Berichtigungsanspruch ist vielmehr ein besonders geartetes, unter

keine andere Anspruchskategorie fallendes Schutzmittel, mit dem die zur Eintragung ins Grundbuch bestimmten Rechte gegen die mit der Bucheinrichtung verknüpften Gefahren gewappnet sind.

Dagegen Kretzschmar, ZBlFrG. 5 158: Richtig ist allerdings, daß die Grundbucheinrichtung sich nicht aus der besonderen Beschaffenheit der Rechte an Grundstücken ergibt, sondern positiver Natur ist; wo sie aber besteht, gehört die Berichtigung des Grundbuchs auch mit zur Verwirklichung des dinglichen Rechtes, und dies führt zur Bejahung der dinglichen Natur des Berichtigungsanspruchs.

*L. Goldmann a. a. O. 47: Der Berichtigungsanspruch ist zugunsten nicht eingetragener oder mit Unrecht gelöschter Verfügungsbeschränkungen zu gewähren, insbesondere auch zugunsten der auf einem Veräußerungsverbote beruhenden Verfügungsbeschränkungen.

(72): Ist eine Vormerkung oder ein Widerspruch zu Unrecht gelöscht worden, so kann deren Wiedereintragung nicht mit dem Berichtigungsanspruche verlangt werden.

(75): Der Berichtigungsanspruch besteht nicht zugunsten des bloß buchmäßigen Rechtes, sondern setzt stets wirkliches materielles Recht voraus.

(84): Der Berichtigungsanspruch bleibt wegen seines Gegenstandes vom Konkurse unberührt; an Stelle des Gemeinschuldners hat der Konkursverwalter die Berichtigungsbewilligung zu erteilen. Um dem Berichtigungsanspruch Aussonderungskraft zuzuschreiben, ist es keineswegs nötig, ihm die Natur eines dinglichen Anspruchs beizulegen. Da aber mit ihm weder ein Gegenstand noch ein Recht aus der Masse ausgesondert wird, fällt er nur bei erweiternder Auslegung unter § 43 KO.

(88): Nur die die Löschung eingetragener Eigentumsbelastungen bezielenden Berichtigungsklagen (§ 894 BGB.) unterstehen dem ausschließlichen Gerichtsstande des § 24 ZPO. Für alle übrigen Berichtigungsklagen ist der fakultative Gerichtsstand des § 26 ZPO. maßgebend.

2. Pfändung des Berichtigungsanspruchs.

a) LG. Leipzig, ZBlFrG. 5 396: Der Berichtigungsanspruch ist der negatorische Anspruch in seiner besonderen, durch das formale Grundbuchrecht veranlaßten Ausgestaltung; er geht auf Mitwirkung des zu Unrecht Eingetragenen zur Beseitigung der in der Eintragung liegenden, für den wahren Berechtigten bedrohlichen Rechtsstellung. Da er hiernach aber kein Recht an einer Sache ist, kann er nicht eingetragen werden. Dasselbe muß auch von einem an ihm begründeten Pfändungspfandrechte gelten.

b) OLG. Dresden, Buschs Z. **33** 85, R. **04** 575: Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist nicht unzulässig, nur soviel ist richtig, daß der Anspruch auf Berichtigung einen untrennbaren Bestandteil des nicht oder nicht richtig gebuchten Rechtes bildet und daß er infolgedessen nicht losgelöst von dem Rechte übertragen werden kann (o. § 399 Ziff. 3). Diese Unübertragbarkeit steht aber seiner Pfändung und Überweisung zur Einziehung nicht entgegen, nur die Überweisung an Zahlungsstatt ist ausgeschlossen (§ 851 Abs. 2 ZPO.). Durch die Erfüllung des gepfändeten Anspruchs, d. i. durch die Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs seitens des buchmäßigen Berechtigten, erlangt der Gläubiger auf Grund des § 14 GBO. die Eintragung des Rechtes seines Schuldners und im Anschlusse hieran die Eintragung seines Pfandrechts.

c) *Reichel, Buschs Z. **33** 88: Der sog. Berichtigungsanspruch, als ein bloß formeller „Deklarationsanspruch", ist selbständig weder übertragbar noch pfändbar; erforderlich und ausreichend ist vielmehr Übertragung oder Pfändung des zugrunde liegenden materiellen Rechtes. Dagegen Landsberg, PosMschr. **04** 153, vgl. **RG. 46** 225, Gruchots Beitr. **45** 945.

d) *du Chesne, SächsA. **14** 603: Pfändung des Berichtigungsanspruchs im wörtlichen Sinne und im Sinne der herrschenden Auffassung vom Wesen des negatorischen Anspruchs ist nicht möglich; der negatorische Berichtigungsanspruch kann vom dinglichen Rechte nicht abgetrennt und dem Gläubiger überwiesen werden. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs ist nur die inadäquate Form für die Schaffung der Befugnis des Pfändungsgläubigers, das dingliche Recht (gleichsam leihweise) zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs und damit der weiteren Durchführung der Zwangsvollstreckung geltend zu machen, vermöge staatlichen Aktes.

e) Die Zulässigkeit der Eintragung der Pfändung des durch den Widerspruch gesicherten Berichtigungsanspruchs wird bejaht vom OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 624.

3. Aus der Praxis.

a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 322: Zum Nachweise der die Berichtigung begründenden Tatsachen genügt nicht ein Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil oder ein Vergleich, da diese Urkunden nur die Bewilligung ersetzen können.

b) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 199: Die Voraussetzungen des § 894 sind nur gegeben, wenn die wirklich bestehende dingliche Rechtslage dem Inhalte des Grundbuchs nicht entspricht. Zur Durchführung obligatorischer, auf Herbeiführung einer Änderung des bestehenden dinglichen Rechtszustandes gerichteter Ansprüche ist die Berichtigung des Grundbuchs nicht bestimmt. Deshalb hat ein Hypothekengläubiger, dem der Besteller einen bestimmten Rang der Hypothek zugesagt hat, gegen einen im Range vor ihm eingetragenen Gläubiger keinen Berichtigungsanspruch.

c) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 937: Auch rein dingliche Ansprüche aus § 1004 BGB. wegen Eigentumsstörung können nach § 894 in Gestalt eines Grundbuchberichtigungsverlangens geltend gemacht werden. Ebenso **RG. 57** 322, JW. **04** 142.

d) OLG. **9** 331, R. **04** 448, ZBlFrG. **5** 559, ElsLothrNotZ. **24** 331 (Colmar): Eine Berichtigung des Grundbuchs kann dahin verlangt werden, daß die Gütergemeinschaft durch Scheidung beendigt ist.

e) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beil. 157: Ist ein gemeinschaftliches Grundstück nur auf den Namen eines Miteigentümers geschrieben, so kann dieser von dem anderen Teile verlangen, daß er sich als Miteigentümer eintragen lasse, wenn auch beide Teile zunächst darüber einverstanden gewesen sind, daß das Grundstück auf den Namen des einen Miteigentümers für die Gemeinschaft erworben werden soll.

f) OLG. **8** 186 (Rostock): Wer sich bei dem Verkauf eines Grundstücks im Einverständnisse mit dem Käufer vorbehalten hat, eine auf dem Grundstücke ruhende Hypothek löschen zu lassen, kann, wenn ihm auch nach der Veräußerung ein dingliches Recht an dem Grundstücke nicht mehr zusteht, dennoch den dem jetzigen Eigentümer zustehenden Berichtigungsanspruch geltend machen und durchführen, wobei dahingestellt bleiben kann, ob ihm dieser Anspruch abgetreten (R. **02** 236) oder ob er lediglich ermächtigt ist, den Anspruch im Namen des Grundstückseigentümers geltend zu machen (**RG. 53** 408).

§ 896. 1. Sekler 103, 198: Eine analoge Anwendung des § 896 auf Vormerkungen ist unstatthaft. Vgl. OLG. **3** 100 (Jena), Willenbücher 41.

2. **RG.** JW. **04** 92, ElsLothrJZ. **29** 399: Zur Begründung der Klage aus § 896 ist erforderlich, daß zur Zeit der Klagezustellung sich der Hypothekenbrief im Besitze des Beklagten befunden hat. Ist jedoch für den Kläger

eine Briefhypothek gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen, so ist auch damit der Anspruch des Schuldners gegen den Drittbesitzer auf Herausgabe des Hypothekenbriefs als mitüberwiesen anzusehen (ZPO. § 836 Abs. 3), und der Drittbesitzer kann hiernach, wenn er zur Zeit der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses sich im Besitze des Briefes befunden hat, der Verpflichtung zur Vorlegung des Briefes nicht einfach durch die Behauptung sich entziehen, daß er nachträglich den Brief aus der Hand gegeben habe.

§ 899. 1. Reichel, Buschs Z. **33** 89: Vormerkung und Widerspruch zum Schutze eines und desselben Rechtes zu kumulieren, ist nicht angängig. Vgl. denselben schon in Jherings J. **46** 67.

2. OLG. **8** 109 (KG.), **9** 342 (KG.): Der Widerspruch muß genau angeben, gegen welche Unrichtigkeit des Grundbuchs er sich richtet, zu wessen Gunsten er eingetragen ist und welchen Berichtigungsanspruch er betrifft; anderenfalls ist er inhaltlich unzulässig. Der § 885 Abs. 2 findet keine Anwendung. Oberneck (3) I 376.

3. LG. Leipzig, ZBlFrG. **5** 396: Die Eintragung eines auf den Berichtigungsanspruch begründeten Widerspruchs bedeutet nicht die Verlautbarung des Berichtigungsanspruchs. Damit entfällt auch die Möglichkeit, das Pfandrecht am Berichtigungsanspruche beim Widerspruch einzutragen und dinglich zu sichern.

4. KGJ. **26** A 77: Unzulässig ist der Widerspruch gegen eine Verfügungsbeschränkung. A. M. Schilde 18, Fuchs I 189 Nr. 7.

§ 902. Sekler a. a. O. 148: Die vorgemerkten Ansprüche sind der Verjährung nicht entzogen, dagegen sind die Ansprüche gegen den dritten Erwerber aus § 888 Abs. 1 BGB., weil sie aus einem eingetragenen Rechte entspringen, der Verjährung nicht unterworfen.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Vorbemerkung: Äußerungen der Theorie liegen im wesentlichen nur vor: zu § 903 von Werner, zum Bienenrecht und zum § 921 von Koppers. — Die Praxis hatte sich vor allem mit dem § 906 zu beschäftigen; die Zunahme von Klein- und Straßenbahnen, die Anlage von Fabrikbetrieben, ja die Einrichtung eines Bordellsbetriebs gaben mehrfach dem Reichsgerichte Veranlassung, sich eingehend darüber auszusprechen, ob eine Beeinträchtigung als wesentlich oder unwesentlich, ob nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich oder ungewöhnlich anzusehen ist.

Literatur: Koppers, Anbau an eine gemeinschaftltche Mauer, DJZ. **04** 806. — Werner, Die Schadensersatzpflicht bei Beschädigungen infolge Rechtsüberschreitung, R. **04** 330.

§ 903. 1. *Werner, R. **04** 330: Überschreitet der Eigentümer die Grenzen seines Rechtes und greift er in fremdes Eigentum ein, so hat der Betroffene einen Abwehranspruch (§ 1004), der auf Beseitigung der geschaffenen Beeinträchtigung auf Kosten des Eingreifenden gerichtet ist und Verschulden des Eingreifenden nicht voraussetzt. Reicht die Beseitigung der Beeinträchtigung nicht hin, um die Rechtsverletzung ungeschehen zu machen, so kann „Ersatz" nur gemäß §§ 823 ff., also unter der Voraussetzung des Verschuldens gefordert werden. Die Überschreitung der Grenzen des eigenen Rechtes ist nicht ohne weiteres schuldhaft, sondern es spricht nur eine tatsächliche Vermutung dafür, daß bei gehöriger Verkehrssorgfalt die Grenzen innegehalten werden konnten. Der Eingreifende hat die Beweislast, daß die Überschreitung nicht schuldhaft war. — Ausnahmen gelten, wenn besondere Gründe eine Verschärfung der Verantwortung fordern. Wer mit gemeiner Gefahr sein Eigentum ausübt, muß die

Gefahr übernehmen, d. h. nicht nur für Verschulden, sondern auch für zufällige Betriebsereignisse haften (Haftpflichtrecht). Wer ferner sein Recht in einer Weise ausnutzen will, die den Nachbar ohne Abwehrmöglichkeit benachteiligt, muß auch ohne Verschulden den Schaden ersetzen (Gewerberecht, §§ 23 ff. RGewO., Eisenbahnrecht). ⇝ So auch jetzt RG. V 11. 5. 04, JW. **04** 360. ⇜ Wer endlich sich durch den Eingriff einen Vorteil verschafft, muß auch den Nachteil ausgleichen (vgl. u. Ziff. 1 zu § 904).

2. Polemisierend gegen Oertmann, ArbürgR. **22** 339, führt *Pfleghart ebenda **24** 305 ff. aus: Um das Eigentumsrecht an einer Sache gültig erwerben und ausüben zu können, ist weder eine auf die Dauer berechnete Beherrschung der Sache, noch auch die Möglichkeit der Geltendmachung aller als Ausfluß des Eigentumsrechts erscheinenden Befugnisse unbedingtes Erfordernis. Das Haupterfordernis bildet die Möglichkeit einer derartigen Ausübung des Rechtes, daß der mit dessen Erwerb angestrebte Zweck unter der Voraussetzung eines normalen Ganges der Dinge auch tatsächlich erreicht werde. Daher ist auch die elektrische (kinetische) Energie trotz der Instabilität und Vergänglichkeit ihres Daseins, Gegenstand des Eigentumsrechts zu sein, vollkommen fähig. Das hat übrigens der Reichsgesetzgeber durch den Erlaß des Gesetzes v. 9. 4. 00 betreffend die Entziehung der elektrischen Arbeit, indem er die in rechtswidriger Zueignungsabsicht erfolgte Entziehung fremder elektrischer Arbeit mit Strafe bedroht, indirekt selber ausgesprochen und damit auch die Sachqualität dieses Rechtsguts anerkannt.

§§ 903, 906 ff. *Franz Leonhard, Beweislast 411 ff.: Beweislast des klagenden Eigentümers, daß sein Recht keinen Schranken unterworfen ist.

§ 904. 1. *Werner, R. **04** 331: Verpflichtungsgrund bei Satz 2 ist nicht so der Eingriff, als vielmehr dessen Grund, nämlich daß er zur Abwehr drohenden eigenen Schadens geschieht. Darum läßt sich aus § 904 nicht der Satz ableiten, daß jede widerrechtliche, wenn auch nicht schuldhafte Überschreitung der Grenzen des Rechtes zum Schadensersatze verpflichtet, sondern nur der, daß der Eigentümer, der sich durch den Eingriff einen Vorteil verschafft, ersatzpflichtig ist.

2. Aus der Praxis:

a) RG. 12. 3. 04, **57** 191 ff., ZBergr. **45** 228 ff.: Der im § 904 aufgestellte Grundsatz über die Einwirkung auf eine fremde Sache im Falle eines Notstandes findet an sich auch zugunsten der Bergwerke Anwendung. Der Tatbestand dieser Vorschrift ist aber nicht ohne weiteres schon dann gegeben, wenn die Voraussetzungen der Grundabtretung (§§ 135 ff. BergG.) vorliegen.

b) RG. 7. 3. 03, ZBergr. **45** 478: Verkauft jemand einen Teil seines Grundstücks zu einem bestimmten Unternehmen, so ist als Regel anzusehen, daß er sich den von diesem Unternehmen ausgehenden übermäßigen Einwirkungen auf den ihm verbleibenden Grundstücksteil unterwirft, soweit solche zur Zeit des Verkaufs vorauszusehen sind.

c) OLG. Cöln, RheinA. **100** I 82 ff.: Der Ersatzanspruch für den aus Eingriffen in das Eigentum entstandenen Schaden ist auch ohne ein Verschulden des anderen bei Vornahme der schädigenden Handlung begründet, selbst wenn der Eigentümer die Einwirkung des anderen zu verbieten, weder nach § 904 noch nach § 906 berechtigt ist.

§ 905. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 81 ff.: Kein Grundeigentümer braucht sich innerhalb des Luftraums über seinem Hause, soweit nach Maßgabe des Ordnungsmäßigen und Üblichen für den Grundeigentümer die Benutzung dieses Luftraumes reicht, einen Eingriff von dritter Seite gefallen zu lassen (82). (Handelt von Telegraphendrähten.)

§ 906. I. *Mauzka, Rechtsgrund des Schadensersatzes 240, 244 ff.: Das Gesetz kennt nur Haftfreiheit mäßiger und Unzulässigkeit schwererer Belästigungen. Es ist eine Lücke, daß nicht in der Mitte beider rechtmäßige Verletzungen, verbunden mit Haftung, anerkannt sind, wie im PrEisenbG. v. 1838 § 25 und in vielen AGBGB.

II. Aus der Praxis:

1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 940: § 906 bezieht sich nicht auf alle von einem Grundstück auf ein anderes ausgehenden Einwirkungen, sondern nur auf Immission von Imponderabilien. Ebenso **RG. 50** 228, JDR. **1** Ziff. 1.

2. **RG. 57** 224 ff., JW. **04** 259: Aus den §§ 903 und 906 ergibt sich, daß im allgemeinen bei Zuvorkommen der störenden Anlage (sogen. Prävention) der erst später erwerbende oder bauende und dann gestörte Nachbar der Klage nicht beraubt ist (229).

Wenn das Gesetz sagt, daß solche belästigenden Zuführungen nicht verboten werden können, welche durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt werden, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist, so denkt es an eine gleichartige Übung in einer Mehrheit von Grundstücken, und zwar in der Gegenwart. Das zeitliche Nachfolgen eines einzigen neuen Betriebs auf einen gänzlich beendeten Betrieb hat es nicht im Auge. Vgl. auch **RG.** JDR. **1** Ziff. 2a.

3. **RG.** SeuffA. **59** 226, JW. **04** 143 Nr. 12, **04** 384, Gruchots Beitr. **48** 943: Bei der Beurteilung des Maßes der zulässigen Einwirkung, die ein Grundstückseigentümer sich von seinem Nachbar gefallen lassen muß, kommt es auf das Empfinden eines normalen Durchschnittsmenschen an.

OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 461 ff.: Bei Beantwortung der Frage, ob eine Beeinträchtigung wesentlich ist, ist lediglich der objektive Gesichtspunkt, nicht auch das subjektive Moment der Unerträglichkeit zu berücksichtigen.

4. Nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Benutzung des Grundstücks (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 und Ziff. 4).

SächsOLG. **25** 515 ff.: Pflicht zur Duldung eines Kinderspielplatzes trotz des bei dessen Benutzung entstehenden Lärmes und Staubes.

a) **RG.** SeuffA. **59** 227 ff., JW. **04** 175, Gruchots Beitr. **48** 604: Bei der Prüfung der Ortsüblichkeit sich auf einzelne Teile eines Ortes zu beschränken, ist dann zulässig, wenn es sich dabei um Stadtbezirke handelt, denen durch die besondere Art der Bebauung oder durch den in ihnen vorherrschenden Betrieb bestimmter gewerblicher Unternehmungen einheitliches charakterisches Gepräge verliehen wird, durch das sie sich in objektiv erkennbarer Weise von anderen Stadtbezirken unterscheiden.

b) **RG. 57** 224 ff., JW. **04** 259, EisenbE. **20** 354, Fischers Z. **28** 212 ff.: Das von einer Aufbewahrungshalle für die Wagen einer elektrischen Straßenbahn ausgehende Geräusch ist nicht als ortsüblich im Sinne des § 906 anzusehen (227).

c) OLG. Jena, ThürBl. **51** 79 ff.: Unter der nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlichen Benutzung ist zu verstehen, daß die Einwirkung dann nicht verboten werden kann, wenn die Art des Fabrikbetriebs und die dadurch bedingte Art der Einwirkung auf Nachbargrundstücke eine gewöhnliche ist (80).

d) Darüber, inwiefern bei der Ermittelung, ob die Zuführung unreinen Wassers das Gemeinübliche überschreitet, auf Zuführungen von anderer Seite Rücksicht genommen werden kann, handelt **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1123.

Über die Einwirkung durch verunreinigtes, auf das Grundstück abfließendes Wasser Gruchots Beitr. **48** 938 ff.

e) BayObLG., PfälzRpr. **1** 37: Die Benutzung eines Grundstücks muß gerade in der Lage, der es angehört, innerhalb des Bereichs, in dem es gelegen ist, gewöhnlich sein.

5. Wesentliche Beeinträchtigung (JDR. **2** Ziff. 3).

a) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 180: Da der Betrieb einer Kleinbahn naturgemäß nur ein geringer ist, können auch nur ab und an einmal Funken auf die benachbarten Grundstücke fallen, so daß die hierdurch hervorgerufene Beeinträchtigung nur eine unwesentliche ist, die sich der Grundstückseigentümer gefallen lassen muß. (Vgl. auch OLG. Königsberg, SeuffA. **59** 154.)

RG. JW. **04** 360: Der Schadensanspruch wegen Funkenzuführung gegen eine Eisenbahn erfordert nicht den Nachweis des Verschuldens.

b) **RG.** JW. **04** 203 handelt von einer durch die Anlage einer Küche und die dadurch entstehenden Gerüche und Dünste hervorgerufenen dauernden übermäßigen Beeinträchtigung des Nachbars.

c) OLG. Hamburg, R. **04** 386: Eine Schmiede ist ohne weiteres als eine die Nachbarn durch Rauch, Lärm und häufig unangenehmen Geruch in hohem Maße belästigende Anlage zu erachten.

6. Beeinträchtigung durch Bordellbetrieb. (Vgl. OLG. Colmar, JDR. **2** Ziff. 3.)

RG. **57** 239, JW. **04** 291: Bei dem Betriebe eines Bordells kann § 906 nur Anwendung finden, wenn und soweit jener unsittliche Betrieb von Umständen begleitet wird, die im Sinne dieser Vorschrift auf die Nachbargrundstücke einwirken. Es gibt keine immaterielle Immission. (Vgl. **RG.** **50** 228, JDR. **1** Ziff. 1.)

7. Zur Frage der Beweislast. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 7.)

a) **RG.** **57** 224 ff.: Für die besondere Ortsüblichkeit in einer bestimmten Gegend ist derjenige beweispflichtig, der sich gegenüber dem auf § 906 gestützten Anspruche darauf beruft (228).

b) OLG. Jena, ThürBl. **51** 72 ff.: Den Beweis, daß die Einwirkung die Benutzung der Grundstücke der Kläger nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, hat der Beklagte zu erbringen.

8. Über die Passivlegitimation des Vermieters für Ansprüche aus § 906 **RG.** Gruchots Beitr. **48** 949 ff., s. unten zu § 1004, JDR. **1** Ziff. 4 zu § 906 und Ziff. 3 zu § 1006.

§ 907. 1. Zum Bienenrecht.

a) *Kuhlenbeck, R. **04** 309, vertritt gegenüber Strauß (JDR. **2** zu § 907) die Zulässigkeit der actio negatoria (§ 906 BGB.) auch bei Immission von Bienen, sofern das Maß dessen, was nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich ist, überschritten wird. Dagegen erachtet er die Anwendung des § 833 und § 823 bei Schädigung durch Bienenstiche, wenn auch nicht für ausgeschlossen, so doch für unpraktisch. Selbstschutz gegen Bienen (selbst durch Giftpflanzen) an sich gestattet, soweit nicht § 826 in Frage kommt. Er vertritt die Zulässigkeit eines Einspruchs gegen die Anlage eines Bienenstandes, sofern die Voraussetzungen des § 907 vorliegen.

Zum Schlusse befürwortet er den Erlaß eines Sondergesetzes zur Regelung des Bienenrechts.

b) *Friedrichs, DJZ. **04** 688: Das Fliegenlassen von einzelnen Bienen über die Nachbargrenze ist nicht ohne weiteres eine rechtswidrige Immission, aber andererseits hat der Imker kein Recht auf Benutzung fremder Grundstücke und handelt auf eigene Gefahr. Deshalb kann dem Nachbarn nicht ohne weiteres verboten werden, auf seinem eigenen Grund und Boden bienenschädliche Gewächse

einzupflanzen; des starken Eindringens von Bienen darf der Nachbar sich nach BGB. §§ 907, 1004 erwehren.

2. Aus der Praxis.

a) **RG.** R. **04** 282: Ob die Voraussetzungen des § 907 vorliegen, ist tatsächlich festzustellen. Die im § 907 erwähnte Folge muß mit Sicherheit vorauszusehen sein. Vereinzelte frühere Vorkommnisse, die den Kläger zu Schadensersatzansprüchen berechtigen könnten, mögen auf ganz zufälligen Umständen, aber nicht auf der Anlage selbst und deren Einrichtung beruht haben, und lassen daher zuverlässige Schlüsse darauf nicht zu, daß sich ähnliches künftig notwendig oder höchst wahrscheinlich wiederholen werde.

b) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 180: Anspruch auf Beseitigung nachteiliger Einrichtungen ist nur gegeben, wenn mit Sicherheit eine unzulässige Einwirkung vorauszusehen ist. Bei Funkenflug ist jedoch nur die Möglichkeit einer solchen Einwirkung vorhanden.

c) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 461 ff.: Die Beseitigung von Anlagen kann nach § 907 nur verlangt werden, wenn deren unzulässige Einwirkung auf ein Grundstück bereits tatsächlich hervorgetreten ist. Der gerichtlichen Anordnung ihrer Beseitigung steht die Erteilung einer baupolizeilichen Erlaubnis nicht entgegen, ebensowenig der Umstand, daß eine ähnliche, die Nachbarschaft störende Anlage schon vor dem Erwerbe des angeblich beeinträchtigten Grundstücks durch den Kläger oder dessen Rechtsnachfolger bestanden hat.

§ 909. 1. OLG. Cöln, R. **04** 1164: Der Eigentümer eines Grundstücks ist regelmäßig nicht verpflichtet, das Betreten seines Grundstücks dem Nachbarn, der sein Grundstück vertieft, zwecks Vornahme der Befestigungsarbeiten zu gestatten. Diesem steht keine gesetzliche Bestimmung, die ihn hierzu berechtigen könnte, insbesondere auch nicht die §§ 904 oder 226 BGB. zur Seite.

2. In Übereinstimmung mit **RG.**, JDR. **2** zu § 909, erachtet OLG. Cöln, R. **04** 253 die Vorschrift des § 909 für eine den Schutz eines anderen bezweckende gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 823 Abs. 2.

§ 910. LG. Frankfurt a/O., KGBl. **04** 102: Neben dem Rechte der Selbsthilfe aus § 910 steht dem Eigentümer des geschädigten Grundstücks kein negatorischer Anspruch zu.

§§ 917 ff. OLG. Cöln, RheinA. **100** I 134: Das in den §§ 917 ff. geregelte Notwegerecht gewährt dem Eigentümer des abgeschlossenen Grundstücks keineswegs jede Art der Benutzung der Nachbargrundstücke, auf die er wegen des Mangels der Verbindung mit einem öffentlichen Wege zur ordnungsmäßigen Benutzung seines Grundstücks angewiesen ist, z. B. ein Rohr durch den Weg zu legen, es erschöpft sich vielmehr lediglich in dem Wegerecht, über die Nachbargrundstücke zu fahren, reiten und gehen.

§ 917. 1. OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 338 ff.: Vom Richter ist zu prüfen, ob der geplante Weg im richtigen Verhältnisse zu den Interessen des Berechtigten und des dienenden Grundstücks steht. Rücksicht auf die kürzeste Richtung ist nicht maßgebend.

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 236: Anspruch auf Einräumung eines Notwegs ist nicht gegeben, wenn der Eigentümer sein Grundstück nur mit erheblichen Unbequemlichkeiten benutzen kann, durch die indessen die ordnungsmäßige Benutzung nicht aufgehoben wird.

§ 921. 1. *Koppers, DJZ. **04** 806/807: Wenn zwei Grundstücksnachbarn vereinbart haben, daß der eine die Giebelwand seines Hauses auf der Grenze errichten, und der andere gegen Erstattung der halben Baukosten der gemeinschaftlichen Mauer anbauen darf, so kann, wenn erst ein Sonderrechtsnachfolger den Anbau vornimmt, gegen diesen der Anspruch auf Erstattung der

halben Baukosten nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung gegründet werden. Der Sonderrechtsnachfolger ist nicht bereichert, weil nach § 921 BGB. das dingliche Anbaurecht schon mit der Errichtung der gemeinschaftlichen Mauer während der Besitzzeit des Rechtsvorgängers zur Entstehung gelangte, und weil auch dieser Rechtszuwachs nicht ohne Rechtsgrund, sondern auf Grund des Vertrags erfolgte.

Nur durch Schuldübernahme kann die Verpflichtung auf den Rechtsnachfolger übergehen, entweder durch Vertrag zwischen dem früheren Grundstückseigentümer und seinem Rechtsnachfolger unter Genehmigung des Nachbarn, oder durch Vertrag zwischen dem Rechtsnachfolger und dem Nachbarn. Der stillschweigende Abschluß eines Vertrags der letzteren Art kann unter Umständen auch darin gefunden werden, daß der Rechtsnachfolger in Kenntnis des von seinem Rechtsvorgänger abgeschlossenen Vertrags den Anbau ausgeführt und dann der Nachbar ihn auf Zahlung in Anspruch genommen hat.

Nur wenn eine Schuldübernahme stattgefunden hat, ist der frühere Grundstückseigentümer von der Verpflichtung aus dem Vertrage frei. Er würde sonst nach Vornahme des Anbaues durch den Rechtsnachfolger zur Zahlung verpflichtet sein, da die im Vertrage gesetzte Bedingung eingetreten ist.

2. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege: Gemeinsame Einfahrten und Treppen, gemeinsame Brunnen von Nachbarhäusern fallen, weil keine Grenzanlage, nicht unter § 921. Während die Rechtsprechung sie früher mit Rücksicht auf § 15 ALR. I. 17 für unteilbar gehalten hat, könnten sie daher jetzt beliebig aufgeteilt werden. Dies ist ein wirtschaftlich unhaltbarer Zustand, der insbesondere auch den Wert der Hypotheken solcher Nachbargrundstücke erheblich mindert, weil letztere durch Entziehung eines unentbehrlichen Wirtschaftszubehörs entwertet werden können. Die Untrennbarkeit des Anteilsrechts an jenen Anlagen vom Hausgrundstücke läßt sich jedoch durch § 93 BGB. rechtfertigen (vgl. o. Ziff. 1 zu § 96).

3. *Obermeyer, SeuffBl. **03** 496, führt aus, daß die Unterfangung (Verlängerung in die Tiefe) einer gemeinschaftlichen Mauer ihrer ganzen Dicke nach ohne Zustimmung des Nachbarn nicht zulässig ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Unterfangung die Mauer gefährdet oder nicht.

4. Aus der Praxis.

a) **RG. 53** 307, JW. **03** Beil. 39: Ein Miteigentum nach Bruchteilen ist bei einer dem Vorteile beider Nachbarn dienenden Scheidemauer nicht anzuerkennen.

b) OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 257: Das Gesetz führt im § 921 nur Beispiele derartiger Anlagen an, ohne indessen eine erschöpfende Aufstellung geben zu wollen. Wesentlich ist den Anlagen, daß sie auf der Grenze stehen, während nicht begriffsbestimmend ist, daß sie gerade als Grenzscheidungsmittel zu dienen bestimmt sind. Brunnenanlage kann eine Grenzeinrichtung im Sinne des § 921 sein.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. 1. Die Frage, wann zum Eigentumswechsel Auflassung erforderlich ist — JDR. **1** Ziff. 1 zu § 925 BGB. —, wird jetzt von Oberneck (3) I 406 dahin beantwortet, daß die Auflassung dann notwendig ist, wenn durch die Willenseinigung der Beteiligten oder auf Grund letztwilliger Verfügung durch Sondernachfolge einer von dem bisherigen Eigentümer verschiedenen Rechtspersönlichkeit oder selbständigen Vermögensmasse ein Wechsel im Eigentumsrecht an einem bereits gebuchten Grundstück oder an einem ideellen Anteil eines solchen oder an einem in einem Bezirke belegenen Grundstücke, für welches das Grundbuch als angelegt gilt, herbeigeführt werden soll.

2. Im einzelnen:

A. Aufhebung einer Gemeinschaft.

a) **RG. 57** 434, R. **04** 551, JW. **04** 337: Auch bei der Verwandlung des Gesamteigentums (gemeinschaftlichen Vermögens) der Erben im Sinne des § 2032 BGB. in Eigentum zu ideellen Bruchteilen bedarf es der Auflassung und demgemäß zur Gültigkeit eines hierauf gerichteten Vertrags der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

b) OLG. **9** 306, ElsLothrNotZ. **24** 332, R. **04** 450 (Colmar); vgl. a. o. zu § 741 Ziff. 2: Werden bei einer Auseinandersetzung unter Miterben einzelne Vermögensstücke ungeteilt belassen, so verbleiben diese im Miteigentume der Erben nach den §§ 741 ff. BGB., und zwar tritt dieses Miteigentum durch die bloße Vereinbarung zwischen den Miterben ein, ohne daß es einer gegenseitigen Auflassung bedarf, da weder ein Wechsel in der Person des Eigentümers eintritt, noch eine Übertragung des Eigentums von allen Teilnehmern auf einen von ihnen oder von einem auf den anderen stattfindet. Deshalb kann ein Miterbe den auf Grund der Teilung ihm zustehenden Anteil an dem unverteilt gebliebenen Grundstücke wirksam verkaufen und auflassen. A. M. Planck, Anm. 3 zu § 925, KGJ. **17** 44. Dagegen **RG. 25** 252, **30** 150, Gruchots Beitr. **38** 1061, **39** 1011.

c) OLG. Colmar, PucheltsZ. **35** 660, ElsLothrNotZ. **24** 324: Zur Übereignung der dem Bedachten zugewendeten einzelnen Grundstücke bedarf es ihrer Auflassung an ihn durch die Gesamtheit der übrigen Miterben, da das BGB. eine der Vermächtnisart des Vindikationslegats entsprechende Erbenstellung nicht kennt. Die entgegengesetzte Entscheidung, ElsLothrJZ. **29** 67, ElsLothr NotZ. **24** 73, wird nicht mehr aufrecht erhalten.

d) Vgl. JDR. **2** Ziff. 3 zu § 2033 BGB. (keine Auflassung bei Übereignung der Erbanteile mehrerer Erben an den einen Miterben). Die Entsch. des KG., KGJ. **26** A 113, ist auch abgedruckt OLG. **8** 104.

B. Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft.

a) **RG. 56** 96: Vereinigen sich die Miteigentümer eines Grundstücks zu einer oHG. und verpflichten sie sich gegenseitig, ihre Miteigentumsanteile in die Gesellschaft einzubringen, so ist zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke die Auflassung und Eintragung im Grundbuch erforderlich. Dies wurde schon in der preußischen Lehre und Rechtsprechung (vgl. ROHG. **12** 39, Gruchots Beitr. **24** 107, **RG. 31** 29) für den Fall, daß ein Gesellschafter Grundstücke in die oHG. einbringt, angenommen. Von dieser Regel abzuweichen für den Fall, daß die mehreren Miteigentümer das ihnen gehörige Grundstück in eine nur von ihnen gebildete Gesellschaft einbringen, bieten die bisherigen Gesetze, ebenso wie die jetzt geltenden, keinen Anhalt. Insbesondere kann der Annahme, daß es sich in diesem Falle nicht um eine freiwillige Veräußerung handle, nicht beigepflichtet werden. Wenn auch vorerst kein Wechsel in der Person der Eigentümer eintritt, so ist doch zu bemerken, daß die Veräußerung begrifflich einen solchen Wechsel nicht verlangt. So ist z. B. nicht streitig, daß zur Änderung der einzelnen Miteigentümern an einem Grundstücke zustehenden Bruchteile Auflassung und Eintragung erforderlich ist, weil hierin eine Veräußerung liegt. Im vorliegenden Falle besteht die Veräußerung darin, daß die bisherigen Miteigentümer ihr bisheriges Bruchteileigentum aufgeben und dieses Eigentum auf die Gesellschaft übergeht, in deren Hand sich die Bruchteile zu einem Gesamthandseigentume verschmelzen, und daß dagegen die bisherigen Miteigentümer einen Anspruch auf einen Wertteil des Gesamtvermögens der Gesellschaft erhalten. Die abweichende Entscheidung des **RG.** IV (**30** 150, Gruchots Beitr. **38** 1063) betrifft unmittelbar nur die Auslegung der Tarifstelle 32 des preuß. StStG., daher war die Ein-

holung einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate (GVG. § 137 Abs. 1) nicht erforderlich. Übereinstimmend hiermit OLG. **10** 239 (München), Oberneck (3) I 465 und Willenbücher 60. Inzwischen hat auch der IV. Zivilsenat des RG. (**57** 434, R. **04** 551) seine bisherige entgegenstehende Rechtsauffassung widerrufen.

b) KGJ. **28** A 253: Auflassung ist erforderlich, wenn dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften bilden — was zulässig ist (RG. **16** 16, **34** 81) — und Grundstücke der einen auf die andere übertragen werden sollen.

c) KGJ. **28** A 251: Wenn eine offene Handelsgesellschaft ein bestehendes Handelsgeschäft nebst der Berechtigung zur Fortführung der Firma dieses Geschäfts erwirbt und sodann die Inhaber nach Vereinigung beider Geschäfte ihre bisherige Firma löschen und sich als die jetzigen Inhaber der neuen Firma eintragen lassen, so bedarf es zur Umschreibung der unter der bisherigen Firma der offenen Handelsgesellschaft im Grundbuch eingetragenen Grundstücke auf die neue Firma keiner Auflassung, da es sich nur um die Eintragung einer Namensänderung, nicht um die Übertragung des Grundstücks auf ein anderes Rechtssubjekt handelt.

d) WürttJ. **16** 125 (VGH.): Zur Eigentumsübertragung seitens einer Gesellschaft (BGB. §§ 705 ff.) an eine neue Gesellschaft m. b. H. bedarf es der Auflassung, selbst wenn die Mitglieder der alten und der neuen Gesellschaft dieselben Personen sind. Ebenso Predari 371.

C. Auflösung einer Gesellschaft.

a) KGJ. **27** A 276, OLG. **9** 306, RJA. **4** 124 (KG.): Zur Umschreibung der Grundstücke einer offenen Handelsgesellschaft nach deren Auflösung auf die Gesellschafter bedarf es der Auflassung, da auch nach Auflösung der oHG. das bisherige Gesellschaftsvermögen seine Selbständigkeit behält, die erst untergeht mit der Durchführung der zur Übertragung des Vermögens erforderlichen Rechtsakte. Vgl. RG. **32** 256, **34** 362, OLG. **6** 353.

b) OLG. **9** 254 (KG.): Bleibt bei Auflösung einer Gesellschaft nur noch ein Teilnehmer, der das Geschäft fortführt, übrig, so muß das bisherige Gesamteigentum durch Auflassung in das Sondereigentum des Einzelkaufmanns überführt werden.

3. WürttZ. **46** 42: Das Württ. Just.-Min. verwirft die WürttZ. **44** 359 versuchte Unterscheidung, daß der außerhalb des Kanzleiraums protokollierende Grundbuchbeamte nicht das Grundbuchamt repräsentiere und daher auch keine Auflassung entgegennehmen könne; vgl. auch ebenda **45** 69 Anm. 1.

4. a) Nach Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag 22 ist eine vor einem unzuständigen Grundbuchamt erklärte Auflassung nichtig. Ebenso Staudinger (2) 162 und Willenbücher 62.

b) Dagegen Predari 381: In Preußen ist eine Auflassung nicht deshalb ungültig, weil sie von einem unzuständigen Gericht aufgenommen ist. Damit ist indessen nicht gesagt, daß auch vor dem Richter eines Amtsgerichts, das überhaupt nicht das Grundbuch über das Grundstück führt, die Auflassung rechtsgültig (wenn auch ordnungswidrig) erklärt werden könne. Nur das ist ohne materiell-rechtliche Bedeutung, daß das das Grundbuch tatsächlich führende Amtsgericht nach Art. 1 PrAGGBO. das Grundbuch nicht führen durfte, weil das Grundstück nicht in seinem Bezirke lag. Achilles-Strecker 145.

c) Oberneck (3) I 414 verbleibt bei seiner früheren Ansicht — JDR. **1** Ziff. 5 —, daß, soweit § 7 FrGG. landesgesetzlich Geltung hat, die Eintragung der Eigentumsübertragung auf Grund einer vor einem örtlich unzuständigen Grundbuchrichter aufgenommenen Auflassungserklärung nicht wegen dieses Mangels allein nichtig ist.

5. Beurkundung der Auflassung.

a) Oberneck (3) I 416: Die Auflassung ist (nach Landesrecht) keine bloß mündliche Erklärung, für deren Aufnahme z. B. ein bloßer Registraturvermerk zu den Grundbuchakten genügte, sondern eine zwar mündlich abzugebende, aber schriftlich gehörig zu protokollierende Willenserklärung.

b) Predari 384: Wo, wie in Preußen, die Amtsgerichte mit der Grundbuchführung betraut sind, handelt es sich bei der Auflassung um die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts (FrGG. §§ 168 ff.). Die Verletzung zwingender Normen des Verfahrens macht die Auflassung nichtig. Das Grundbuchamt, das eine nicht von ihm beurkundete, sondern etwa nur registrierte Auflassung einträgt, verletzt nicht nur Ordnungsvorschriften, sondern verschafft auch dem Erwerber nicht das Eigentum.

c) Ortlieb a. a. O. 22: Die Auflassungserklärungen müssen vor dem Grundbuchbeamten zu Protokoll genommen werden.

d) Bendix, DJZ. **02** 478: Die Auflassung vollzieht sich durch mündliche Erklärungen, die Form liegt im Erscheinungszwang. Stumme Personen können (und müssen) durch Bevollmächtigte auflassen. Ebenso Fürst, BadNotZ. **2** 17. Gegen beide: Josef, BadNotZ. **2** 80.

e) Breit, DNotVZ. **4** 173: Die vor dem (zuständigen) Grundbuchamt erklärte Auflassung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Beurkundung, wohl aber die kraft landesgesetzlicher Vorschrift (Art. 143 EGBGB.) vor Gericht oder Notar erklärte. Es kann mithin Cohn (DJZ. **02** 268) und Oberneck — (3) I 416 — nicht zugegeben werden, daß die Auflassungserklärung eine schriftliche Erklärung sei: das Protokoll des Grundbuchbeamten über die Auflassung ist referierend, nicht konstitutiv. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamte notwendig in gesprochenen hörbaren Worten vor sich gehen müsse. Aus der (entsprechenden) Anwendung des § 178 FrGG. folgt, daß ein Stummer die Auflassungserklärung niederschreiben kann. Dann ist die Auflassungserklärung keine mündliche, sondern eine schriftliche Erklärung.

f) Josef, DNotVZ. **4** 460: Die vor dem Grundbuchamt als solchem abgegebene Auflassungserklärung ist rechtlich nicht schon vorhanden, wenn sie mündlich erklärt ist, sondern erst dann, wenn sie vorschriftsmäßig beurkundet ist. Daß dieses die Absicht des Gesetzes ist, ergeben die Motive zum BGB. und zur GBO.; auch liegt jene Folge so sehr in der Natur der Sache, daß jener Satz als durch § 29 GBO. genügend zum Ausdrucke gebracht gelten muß. Die Beurkundung hat, wofern die Auflassung vor einem Richter oder Notar — wenn auch lediglich in dessen Eigenschaft als Grundbuchbeamter — erklärt wird, nach den Vorschriften des FrGG., in anderen Fällen nach den Vorschriften der Landesgesetze zu erfolgen. Doch ist eine dem zuwider erfolgte Eintragung rechtswirksam, wofern die Auflassung auch nur mündlich vor dem Grundbuchamt erklärt ist.

Demgegenüber hält Breit, DNotVZ. **4** 541 seine entgegenstehende Ansicht aufrecht, Josef a. a. O. 606 die seine.

g) **RG. 54** 195, DJZ. **03** 297, R. **04** 19, SeuffA. **58** 486: Wird bei der Auflassung von Trennstücken infolge einer Parzellierung die Bezeichnung der einzelnen aufgelassenen Trennstücke in dem Protokoll unterlassen und lediglich auf die als Anlage überreichten Kaufverträge Bezug genommen, so ist die Auflassung beim Unterbleiben der Vorlesung dieser Anlagen unvollständig und nichtig (FrGG. §§ 176 Abs. 2, 177).

6. Über den Inhalt der Auflassungserklärung s. JDR. **2** u. **3** zu § 20 GBO.

7. Wie JDR. **1** Ziff. 9 zu § 925 BGB. auch OLG. Jena, ThürBl. **51** 98 — Konvaleszens der Auflassungserkärung eines nicht eingetragenen Grundstücksveräußerers (BGB. § 185).

Über die Auflassung an sich selbst vgl. du Chesne, JDR. **2** Ziff. 4 zu § 181.

8. *Falkmann, DJZ. **04** 492: Der Grundbuchrichter ist nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Auflassung entgegenzunehmen, wenn ein Nichtbevollmächtigter die Auflassungserklärung abgeben oder annehmen will. Da das BGB. die Einheitlichkeit und Gleichzeitigkeit von Auflassung und Eintragung nicht kennt, so ist die Möglichkeit gegeben, ein fehlendes Erfordernis der Eintragung in der Zwischenzeit nachzuholen, und diese Möglichkeit darf der Grundbuchrichter den Beteiligten nicht verschließen. Hat er die Auflassung entgegengenommen, so hat er hinsichtlich des Eintragungsantrags nach § 18 GBO. zu verfahren. Lehnt er die Eintragung, weil er das Hindernis für kein leicht zu beseitigendes hält, ab, so steht das zwar tatsächlich der Ablehnung der Auflassung gleich, nicht aber auch rechtlich, da, wenn im Beschwerdewege die Ablehnung einer temporisierenden Verfügung für unbegründet erklärt wird, es keiner anderen Auflassung bedarf.

9. Aus der Praxis.

a) SächsOLG. **25** 144: Die Auflassung ist wirksam, wenn nicht sie, sondern nur der Eintragungsantrag von einer Bedingung abhängig gemacht ist.

b) LG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 122: Der Antrag auf Eintragung des Eigentums eines Grundstücks kann nicht deshalb abgewiesen werden, weil nicht der eingetragene Nießbraucher dem Veräußerungsvertrage zugestimmt hat.

c) KGJ. **28** A 102: Wer unter der Herrschaft des preußischen EEG. gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs auf Grund einer Auflassung die Eintragung als Eigentümer erlangt hat, kann über das Grundstück verfügen, auch wenn der auf Grund einer Auflassung als Eigentümer eingetragen gewesene Veräußerer wahres Eigentum nicht gehabt hatte.

d) Zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als 5000 M. (Art. 7 § 1 Abs. 1 des PreußAGGBO.) bedürfen:

α. Knappschaftsvereine im früheren Geltungsgebiete des preußischen ALR. der Genehmigung des Oberbergamts (§ 83 II. 6 ALR., §§ 165 ff. AllgBergG. vom 24. Juni 1865); OLG. **9** 25, KGJ. **27** A 265.

β. rheinische Landgemeinden der Genehmigung des Kreisausschusses (§ 97 der GemeindeO. f. d. Rheinprovinz vom 23. 7. 45). KGJ. **27** A 273.

§ 927. Literatur: Fink, Die rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums nach heutigem bürgerlichen Rechte (Diss.).

1. Sekler a. a. O. 33: Der Eigenbesitzer hat ein gesetzliches Recht auf Erwerb des Grundstücks, aber keinen Anspruch darauf im Sinne des § 194 BGB. Deshalb kann die Anwartschaft im Wege einer Vormerkung nicht gesichert werden. Oberneck (3) I 481 hält die Sicherung des gesetzlichen Aneignungsrechts durch Eintragung einer Vormerkung für zulässig. Ebenso Goldmann-Lilienthal 455 Anm. 1. A. M. Willenbücher 74.

2. Strecker, BuschZ. **33** 113, erhebt Bedenken gegen die Ansicht Kretzschmars II 121, wonach die Eintragung desjenigen, welcher das Ausschlußurteil aus § 927 erwirkt hat, als Eigentümers auf Grund dieses Urteils auch dann erfolgen könne, wenn in dem Urteil einem Dritten sein Recht vorbehalten sei, und daß es Sache des Dritten sei, zur Wahrung seines Rechtes die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zu erwirken. Demgegenüber fragt Strecker, ob sich nicht die Ansicht rechtfertigen

lasse, daß infolge der Anmeldung eines Eigentumsprätendenten entweder die Aussetzung des Aufgebotsverfahrens erfolgen müsse (so Seuffert ZPO. Anm. zu § 981), oder daß zur Eintragung des Antragstellers die Zustimmung des Prätendenten oder dessen rechtskräftige Verurteilung zu dieser erforderlich sei, da ihm gegenüber das Ausschlußurteil kraft des Vorbehalts keine Wirkung habe.

§ 928. 1. *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 176, 177: Das Bedingungsverbot des § 925 ist auf den Eigentumsverzicht des Derelinquenten und die Aneignungserklärung des Fiskus analog anzuwenden (vgl. o. Ziff. 1 zu §§ 158 u. 958). Ebenso Predari 377 unter Hinweis auf die Unzulässigkeit bedingter oder befristeter Eigentumsübertragung.

2. Predari 377: Der Verzicht ist unwiderruflich, aber nur auf Antrag zu buchen. Der Antrag kann nach § 32 GBO. in der Form des § 29 Satz 1 GBO. zurückgenommen und damit der Verzicht trotz seiner Unwiderruflichkeit unwirksam gemacht werden.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

§ 929. I. Satz 1.

1. Über die rechtliche Natur der Einigung vgl. v. Schey, IDR. **1** Ziff. 3 und Ortlieb o. Ziff. I 3 zu § 873 und u. Ziff. III 1.

2. Übergabe (IDR. **1** Ziff. 3 u. 4).

a) *Ortlieb, Einigung 28: Unter Übergabe ist nur die Erlangung des unmittelbaren Besitzes mit dem Willen des Eigentümers zu verstehen.

b) **RG.** s. u. Ziff. III 3.

II. Satz 2.

1. *v. Tuhr, Iherings J. **48** 43 ff.: Brevi manu trad. und const. poss. können antecipando verabredet werden mit der Wirkung, daß der Übergang des Eigentums im selben Moment eintritt wie der Erwerb.

2. *Ortlieb, Einigung u. dingl. Vertrag 42: Die brevi manu traditio ist ein Realvertrag, bei dem das reale Moment, die Besitzübertragung, der Einigung der Zeit nach voraufgegangen ist.

III. Aus der Praxis.

1. a) **RMG. 2** 130 ff.: Durch die Einzahlung von Geld auf Grund einer Postanweisung wird der Postfiskus Eigentümer des eingezahlten Geldes. Bei der Auszahlung des Geldes durch die Post ist als deren Wille, auch wenn das Eigentum übertragen werden soll, der der Einzahlung erkennbar zugrunde liegende Wille des Absenders anzusehen. Mit dem Willen der Post muß nach § 929 derjenige des Empfängers übereinstimmen. Falls der Empfänger nicht schon aus anderen Umständen den Willen des Absenders erkennt, würde regelmäßig mit Benutzung des Inhalts des Postabschnitts für den Empfänger erkennbar sein, welches Rechtsgeschäft mittels der Postanweisung vollzogen werden soll (135).

b) **RMG. 4** 260: Da die Einigung des § 929 einen rein abstrakten Vertrag bildet, so ist für die Frage des Eigentumsüberganges ausschließlich der übereinstimmende Wille des Übergebers und Erwerbers der Sache entscheidend, selbst wenn derselbe sich mit dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis in Widerspruch gesetzt hat.

2. § 929 verb. mit § 2 des Gesetzes vom 5. 7. 96.

RG. JW. **04** 471: In der mit Bezug auf § 2 des gen. Ges. erteilten Ermächtigung und ihrer Annahme muß eine auf den Eigentumsübergang gerichtete, in der Weise bedingte Einigung gefunden werden, daß das Eigentum

auf den Bankier dann übergehen solle, wenn er seinerseits es erwerben wollte und diesen seinen Willen an den Tag legte.

3. a) **RG.** JW. **04** 114: In der Vernagelung des Aufbewahrungsortes eines Lagers kann eine Übergabe erblickt werden. — Die zum Begriffe der Übergabe erforderliche Zustimmung kann unter Umständen auch in bloßem Stillschweigen gefunden werden.

b) **RG.** JW. **04** 62: Annahme ist der Übergabe nicht gleichzuachten. Insbesondere wird bei einem Distanzekauf über Gattungssachen in der bloßen Annahme der Ware seitens des Käufers von dem mit dem Transport Beauftragten zunächst nur der Wille zum Ausdruck gebracht, der Verpflichtung zur Abnahme der Ware zu genügen, um zu konstatieren, ob dieselbe vertragsmäßig empfangbar sei, wenn nicht aus den Erklärungen des Käufers ein anderes zu entnehmen ist.

4. In Übereinstimmung mit Planck und Biermann erachtet es OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 17 ff., OLG. **8** 114, für genügend, wenn auf seiten des Empfängers der mittelbare Besitz erworben wird.

§ 930. 1. *Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag 43: Auch die Übereignung durch constitutum possessorium und durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgt durch einen Realvertrag. Denn ein solcher erfordert zu seinem Abschlusse nicht ein bestimmtes Tun, sondern eine bestimmte reale Wirkung. Das reale Moment bei dem constitutum possessorium bildet die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, wodurch der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Das reale Moment bei der Übereignung nach § 931 ist die Abtretung des Herausgabeanspruchs.

2. Antizipierte Vereinbarung des noch nicht Besitzenden (JDR. **1** Ziff. 3 zu § 930 u. o. Ziff. II 1 zu § 929).

RG. 56 52 ff.: Zur Eigentumsübertragung nach § 930 ist auf seiten des Veräußerers Besitz erforderlich. Zulässig aber ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung derart, daß von dem Augenblicke des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes der Erwerber den Besitz als Mieter des anderen ausüben solle (54).

3. OLG. **8** 191 (KG.): Ein abstraktes constitutum possessorium ist dem BGB. unbekannt.

OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 108: Die beabsichtigte Rückübertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache seitens eines in ihrem Besitze befindlichen Käufers an den Verkäufer bedarf zu dinglicher Wirksamkeit der Vereinbarung eines konkreten Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Verkäufer mittelbaren Besitz erwirbt. Vgl. **RG.** v. 11. 3. 04, JW. **04** 198. Ebenso **RG. 54** 396, JDR. **2** Ziff. 1.

RG. Puchelts Z. **35** 657: § 930 besonders von Bedeutung bei der Sicherungsübereignung.

§ 931. *Ortlieb, Einigung 43: Eine verlorene Sache kann nicht nach § 931 übereignet werden.

§ 932. Abs. 2. 1. *Neuburger, Schutz des gutgläubigen Pfandrechterwerbes 14 ff.: Die hier gegebene Definition des „guten Glaubens" ist keine allgemein gültige, der „gute Glaube" kein terminus technicus unseres Zivilrechts, sondern ein dem täglichen Leben entnommener, je nach dem Spezialfalle verschieden nüanzierter Begriff. — BGB. § 932 Abs. 2 findet analoge Anwendung, wenn ein vom Nichteigentümer Bevollmächtigter handelt, der in dieser Beziehung nicht bevollmächtigt sein kann, da der Vollmachtgeber selbst kein Recht hat (58 f.). Analoges gilt von gesetzlicher Vertretung und Verfügungen in

eigenem Namen über fremdes Gut bei Rechtsmangel hinsichtlich des Verhältnisses des Vertretenen bzw. desjenigen, über dessen Gut verfügt wird, zur Sache (63 f.).

2. **RG. 58** 162 ff., DJZ. **04** 814, JW. **04** 384 (in Bestätigung von OLG. 8 193 ff. [Hamburg]): Ein Kaufmann, der ohne weitere Nachforschung die Mäntel von Wertpapieren ohne Coupons und Talons zum Pfande nimmt, handelt grob fahrlässig.

RG. 58 166: Grob fahrlässig handelt nicht bloß der Erwerber, der unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehre gebotenen Sorgfalt es unterläßt, obwohl sie ohne weiteres geboten waren, sondern auch der Erwerber, der unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehre gebotenen Sorgfalt es unterläßt, sich die Kenntnis solcher Umstände zu verschaffen.

§ 935. Begriff der abhanden gekommenen Sache (JDR. **1** Ziff. 1 u. 2).

1. *Aravantinos, Iherings J. **48** 175—181: Als abhanden gekommene Sache ist auch eine solche zu verstehen, welche kraft einer anfechtbaren und angefochtenen Übertragungserklärung übergeben wurde; dafür sprechen einmal theoretische Gründe, dann die praktische Notwendigkeit, welche sich bei der Auslegung des § 940 Abs. 2 geltend macht. Diese Entscheidung sei maßgebend für die §§ 926 Abs. 2, 1207, 1208, 1006 Abs. 1 [1007 Abs. 2].

2. AG. I Berlin, KGBl. **04** 49: Die Besitzaufgabe infolge rechtswidriger Einwirkung auf den Willen des Aufgebenden durch Betrug ist als freiwillige Besitzaufgabe anzusehen, da in diesem Falle — ebenso wie im Falle des nicht durch den Erwerber verursachten Irrtums des Aufgebenden — die Aufgabe auf der freien Entschließung des Besitzers ruht. (Biermann, § 953 Anm. 2 gegen Planck.)

§ 936. Über den Eigentumserwerb von Sachen, die mit dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters beschwert sind, handelt SächsOLG. **25** 518 ff.

II. Ersitzung.

§ 940. Abs. 2. *Aravantinos, Iherings J. **48** 181—183: Als ohne den Willen des Eigenbesitzers verloren gegangen ist auch der Besitz anzusehen, der übertragen wurde kraft einer anfechtbaren und angefochtenen Übertragungserklärung. Diese Entscheidung sei maßgebend auch für die §§ 900 Abs. 1 Satz 2, 927 Abs. 1 Satz 2, 945 Satz 2, 955 Abs. 3, 1033 Satz 2.

§ 943. *Holtz, Schwebezustand ꝛc. 29, 30: Bei Eintritt der auflösenden Bedingung kommt die während des Schwebezustandes verflossene Ersitzungszeit dem Rückerwerber nicht zugute. Zur Begründung vgl. Holtz, Der Schwebezustand, o. zu § 221. Der Rückerwerber hatte aber während der Schwebezeit — und zwar nicht ohne seinen Willen — den Eigenbesitz verloren, deshalb kommt ihm hier — anders § 221 — auch die während seines eigenen früheren Besitzes verstrichene Zeit nicht mehr zugute.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946. *Baring, Aufwendungen ꝛc., SächsA. **14** 459 ff.: Verwendung von Sachen auf Sachen auch ohne Verbindung i. S. der §§ 946 ff. möglich; s. o. zu § 256.

§ 951. *Baring, SächsA. **14** 459 ff.: Berechtigt zur Wegnahme ist nur der vormals dinglich Berechtigte. Der Schlußsatz „auch dann, wenn usw." ist unbeachtlich. Vgl. o. zu § 256.

RG. (Strafs.) **37** 329 ff.: Geschieht die Verarbeitung von Stoff zu einer anderen Sache auf Grund eines Vertrags, dann kommt § 950 nicht zur Anwendung, vielmehr richten sich die Wirkungen der Neuherstellung zunächst nach dem Inhalt des Vertrags.

§ 952. 1. BayObLG., R. **04** 167: Ist eine auf den Inhaber lautende Schuldverschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten umgeschrieben, so ist sie als Schuldschein anzusehen und steht das Eigentum daran dem Gläubiger zu.

OLG. Celle, R. **04** 335: Der mit der Eigentumsklage auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs belangte Besitzer desselben kann sich auf die Eigentumsvermutung des § 1006 nicht berufen. Die Eigentumsvermutung des § 1006 greift gegenüber der Vorschrift des § 952, wonach das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine, also auch einem Sparkassenbuche, dem Gläubiger zusteht, nicht Platz.

2. *R. Behrend, Goldschmidts Z. **55** 78: Abs. 1 Satz 2 ist anwendbar auf die Versicherungspolize.

V. Aneignung.

§ 958. 1. *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 173 ff.: Aneignung und Eigentumsverzicht sind keine Rechtsgeschäfte (gegen Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte 36 ff., 124 ff.). Die §§ 158 und entsprechend 163 sind analog auf sie anwendbar. Werden Okkupation und Dereliktion ausnahmsweise ausdrücklich erklärt, so kann das gesamte Bedingungsrecht direkt angewendet werden.

2. Auerbach, Eigenbesitz 31: Die Aneignung ist vollendet, wenn man die tatsächliche Gewalt über eine herrenlose bewegliche Sache erlangt hat und dies nicht auf Grund einer causa geschehen ist, die Fremdbesitz zu begründen bestimmt ist.

§ 959. 1. *Fink, Rechtliche Natur der Aufgabe des Eigentums (s. o. zu §§ 104 ff. Ziff. I): Die Aufgabe des Eigentums ist kein Rechtsgeschäft. Denn in der Mehrzahl der Fälle hat der Derelinquent gar nicht den Wunsch, daß seine Dereliktionsabsicht klar werde. Solche Fälle kommen vor, nämlich wenn man zugunsten Dritter, oder wenn man deshalb derelinquiert, um seiner Pflichten gegen die Sache ledig zu werden. In jenem Falle soll dem Okkupenten, in diesem dem mit Rechten an der Sache Begabten der Dereliktionswille klar gemacht werden. In allen anderen Fällen aber, wenn nämlich der Derelinquent nur die Absicht hat, sich des Eigentums an der Sache zu begeben, kommt es auf das Klarmachen des Willens gar nicht an. Daher ist die Dereliktion kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung.

2. **RMG.** 2 96 ff.: Um eine Sache herrenlos zu machen, ist die Absicht des Eigentümers erforderlich, das Eigentum schlechthin, nicht nur zugunsten einer bestimmten Person aufzugeben. Stets muß der auf Aufgabe des Eigentums gerichteten Willenserklärung die tatsächliche Lossagung von der Sache hinzutreten.

VI. Fund. Schatz.

Vorbemerkung: Die fundrechtlichen Begriffe haben wiederum — insbesondere durch Silberschmidt, der gegen Brückmann polemisiert, Schneickert und Sternberg — eindringliche Untersuchung erfahren. Einige wichtige Entscheidungen verhalten sich gleichfalls über begriffliche Fragen. Eingehend ist auch diesmal der Schatzbegriff durch die Rechtsprechung behandelt worden. Das zu § 984 mitgeteilte Material läßt erkennen, daß sie sich nur schwer dazu versteht, eine verlorene Sache als „Schatz" zu bezeichnen. Unter dem § 984 findet sich schließlich auch das zu dem vom 27. DJT. behandelte Problem der Altertumsfunde erwachsene Material, vorwiegend legislatorischen Charakters.

Literatur: Schneickert, Über Fundrecht, Hirths Ann. **04** 227—235. — Silberschmidt, Der Fund verlorener Sachen, SeuffBl. **04** 337—346. — Sternberg, Beiträge zur Fundlehre nach österreichischem Rechte unter Berücksichtigung des deutschen BGB. und des Entw. eines ungar. BGB. Eine kritische Studie (Wien 1904).

Zu §§ 965 ff. 1. Finden und Verlieren. S. JDR. 2 §§ 965 ff. Ziff. 2.

a) Silberschmidt will gegenüber Brückmann — s. JDR. 2 Ziff. 2 b zu §§ 965 ff. — an den überlieferten Definitionen festhalten. Das subjektive Moment darf nicht entscheiden, weder für Sachen innerhalb noch außerhalb des Hauses. Entscheidend darf auch nur in dem Hamburger Falle — s. JDR. 2 §§ 956 ff. Ziff. 2 c α — der objektive Tatbestand sein. Er wendet sich gegen Brückmanns, terminologische Folgerungen aus §§ 935, 1006, 1007, ferner gegen diejenigen aus § 935. — Bezüglich des § 794 macht er auf RG. JW. 04 127 Nr. 6 aufmerksam: ein Gegenstand ist dann in Verkehr gebracht, wenn sein Inhaber ihn derart aus seinem Gewahrsam läßt, daß ein anderer daran die freie Verfügung erlangt. Der § 701 kann terminologisch schon deshalb nicht verwendet werden, weil hier ein Verlieren als Gegensatz des Findens überhaupt nicht in Frage kommt, sondern der Verlust im Gegensatze zur Beschädigung, also die gänzliche Vernichtung für den Eigentümer im Gegensatze zur teilweisen. Auch § 940 kommt nicht in Betracht. Terminologisch ist davon auszugehen, daß das Wort „verlieren" — mittelhochdeutsch „verliehren", althochdeutsch „firliosan", „firliasan" „ferliesen" — an sich schon die Aufgabe des Besitzes bedeutet. Der Verlust des Gewahrsams einer Sache ist identisch mit der Beendigung des Besitzes. Der Verlust des Gewahrsams führt den der Sache herbei. Es verbleibt als Voraussetzung für den Begriff der „verlorenen Sache" lediglich objektiver Besitzverlust ohne Besitzübertragung und ohne die Absicht der Dereliktion. — Zu unterscheiden ist: a) der Fund im eigenen Raume, α. der eigenen, β. der fremden Sachen; b) Fund im fremden Raume. — Zu a α: Verlust und Fund ist nicht möglich. Zu a β: Hier ist, sobald es sich um eine verlorene Sache handelt, ein Finden möglich; es ist vollendet, wenn der Eigentümer des Raumes von der fremden Sache Besitz ergreift, und ein weiteres Finden ist dann zunächst unmöglich. Zu b: In der Regel kann man im fremden Privathaus um deswillen nichts finden, weil man nicht weiß, ob dann die betreffende Sache nicht dem Eigentümer gehört, eine Folgerung, die sich aus a α ergibt. Weiß man aber, daß die Sache dem Eigentümer nicht gehört, so steht dem „Finden" nichts im Wege, ein Recht des Eigentümers auf den Besitz der in seinem Raume befindlichen fremden Gegenstände besteht nicht. — Gefunden werden kann an sich auch eine Sache, die man sucht. Da aber der Gewahrsam dann noch nicht verloren ist, wenn man alsbald die Suche beginnt, so kann ein Finden im fremden Raume nicht wohl erfolgen, wenn der Verlierer sofort mitteilt, daß ihm die Sache dort abhanden gekommen ist. Auch die von ihm selbst zum Suchen bestellten Leute können für sie nichts finden. In Privaträumen zurückgelassene Sachen, deren Besitzer bekannt sind oder doch einem bestimmten Kreise angehören müssen, können zunächst nicht gefunden werden (OLG. 8 112, — s. oben u. unten Ziff. 3). — Wenn die reine subjektive und wirtschaftliche Auffassung Brückmanns richtig wäre, so würden für den Richter sehr große Schwierigkeiten entstehen.

b) Schneickert hält Silberschmidts Ansicht (JDR. 2 zu §§ 965 ff. Ziff. 2 a β), daß auch in Privatgebieten und -Räumen eine Sache „verloren" und „gefunden" werden könne, für die richtigere, erörtert aber vorwiegend die §§ 978 und 701 Abs. 2 (s. das.).

Für den Verlust einer Sache ist es gleichgültig, ob ich sie auf einem fremden (Privat-) Grundstück aus Vergeßlichkeit zurückließ, oder ob sie durch Zufall dorthin gelangt ist, welch letzterer Fall die richtige Ansicht (Francke, s. JDR. 2 zu §§ 965 Ziff. 2 a α) als das eigentliche „Verlieren" betrachtet. Es entscheidet keineswegs die räumliche Beziehung der verlorenen Sache zu dem Inhaber des

Raumes. Anders steht es mit dem „Finden" eines so verlorenen Gegenstandes. Ein Dritter muß ein Besitzrecht des Grundstücksinhabers vermuten, dieser dagegen wird, wenn er den Gegenstand wahrnimmt, in der Regel nicht im unklaren sein, ob er ihm oder einem Dritten gehört. Jetzt ist er überhaupt erst in der Lage, sie „an sich zu nehmen" (§ 965 Abs. 1), jetzt erst hat er die Rechte und Pflichten aus §§ 965, 966, 971. Anders dagegen, wenn der Verlierer vor dem Finden dem Grundstücksinhaber den Verlust anzeigte oder ihn um ein Nachsuchen bat. Hier kann von einem Finden nicht die Rede sein, ebensowenig, wenn ich in einem Privatraum aus Vergeßlichkeit einen Gegenstand zurückließ (233/4).

Praktisch hat es gar keinen Wert, das Fundrecht dem Orte nach möglichst einzuschränken, und zwecklos wäre es, den § 978 hinsichtlich der „Geschäftsräume öffentlicher Behörden und der Verkehrsanstalten" zu extensiv zu interpretieren, da sonst die Finder wahrheitswidrig die Fundstellen jeweils ins „Freie" verlegen würden, um den Finderlohn zu erhalten.

c) *Sternberg 45: Die Vorschriften vom Eigentumserwerbe durch Fund haben nur auf verlorene, nicht auch auf verborgene Sachen Anwendung, also nur, wenn ein unfreiwilliger Besitzverlust vorliegt.

d) Über den Begriff des Verlustes im Sinne des § 255 mit Bezug auf eine in „Verstoß" geratene und später durch Zufall wieder zum Vorschein gekommene Sache s. oben zu § 255 Ziff. 4.

e) **RG. 57** 25, HansGerZ. **04** Hauptbl. 211, DJZ. **04** 458: Das „Verlassen" des Schiffes ist für das BinnSchG. §§ 93, 96 im Sinne einer Besitzaufgabe zu verstehen. Das Schiff muß ohne menschliche Aufsicht, gleichsam eine „verlorene Sache" (§ 965) sein.

f) OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Beibl. 65/6 — JDR. **2** zu §§ 965 ff. Ziff. 2 c unter α — s. jetzt auch SeuffA. **59** 66—67.

2. Kohler, AbürgR. **24** 191: Der Besitzer einer verlorenen Sache, der dem Eigentümer die Sache überantwortet, ist legitimiert, das Fundgeld mit befreiender Wirkung für den Zahlenden in Empfang zu nehmen, auch wenn er nicht der Finder ist. Dies ergibt sich aus der Rechtsähnlichkeit des § 851, weil es unfolgerichtig wäre, wenn der Schadensersatz wegen Beschädigung rechtsgültig an den Besitzer der beschädigten Sache bezahlt werden könnte, nicht aber die Vergütung an den Besitzer der infolge des Verlustes notleidenden Sache.

3. OLG. **8** 112 ff., SeuffA. **59** 186 ff., HansGerZ. **04** Beibl. 17 (Hamburg): Empfangsberechtigt ist nicht derjenige, dem die gefundene Sache verständigerweise und den präsumtiven Intentionen des Verlierers entsprechend abzuliefern wäre, sondern nur, wer einen Anspruch gegen den Finder auf Herausgabe der Sache hat. — Dieser Anspruch ist in einem Falle bejaht worden, in dem jemand ein verschlossenes Briefkuvert mit der Adresse „Hohen Senat der Stadt Bremen" und zehn Hundert Mark-Scheinen gefunden hatte. Nach den Umständen des Falles lasse sich unbedenklich annehmen, daß der Verlierer bis zum Abhandenkommen des Kuverts den Willen gehabt habe, es mit seinem Inhalte dem Senate zu übereignen, daß er auch nach dem Verluste nicht beabsichtigt habe, es sich wieder anzueignen, sondern es auch nachher noch in die Hände des Senats habe gelangen lassen wollen. Durch die Adressierung des Kuverts und das passive Verhalten nach dem Bekanntwerden des Fundes sei der Wille genügend zum Ausdrucke gelangt. Der Finder erwarb als Geschäftsführer o. A. für den Staat Besitz und Eigentum. S. dazu o. zu § 677 Ziff. 4.

4. a) Schwarz, Ein Fall zum ausländischen Fundrecht, DJZ. **04** 740/1, teilt den Fall eines 1895 gemachten Fundes von 90 Dollar auf einem Schiffe der Hamburg-Amerika-Linie im Hafen von New-York mit. Der Fund wurde an die Hamburger Polizeibehörde abgeliefert, die 1903 die Rückgabe verweigerte,

aber im Prozesse verurteilt wurde, auf Grund der Auskunft des deutschen Generalkonsulats in New-York. Den §§ 965—984 ähnliche Vorschriften gibt es in den Staaten New-York und New-Jersey nicht. Dem Eigentümer wird durch das Verlieren sein Eigentumsrecht nicht genommen, und daher erwirbt der Finder ihm gegenüber kein Eigentumsrecht, aber allen anderen Personen gegenüber wird der Finder zum Eigentümer der gefundenen Sache. Das Klagerecht des wirklichen Eigentümers gegen den Finder verjährt in sechs Jahren, von der Zeit des Verlierens an gerechnet, wenn der Verlierer zu jener Zeit wußte, wer der Finder war, sonst in sechs Jahren von der Zeit an, zu welcher der Verlierer bzw. wirkliche Eigentümer erfuhr, wer der Finder ist.

b) Ausführlich ist der Sachverhalt mitgeteilt in der Entscheidung des OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 202 ff.

§ 974. v. Buchka, Die indirekte Verpflichtung 29/30: Dem Eigentümer liegt die indirekte Pflicht ob, sich über den Anspruch des Finders zu erklären. Entsprechend liegt dem Empfangsberechtigten die Pflicht zur Genehmigung des rechtskräftig festgestellten Betrags ob.

§ 978. Schneickert — s. o. zu §§ 965 ff. Ziff. 1 b — wendet sich gegen Schäfer, der den Begriff der Verkehrsanstalt für einen Gasthof (a. a. O. 3) verneint, weil in diesem ein bestimmter Personenkreis verkehre, welcher nur durch ein mit dem Gasthofsbesitzer abgeschlossenes Vertragsverhältnis den Zutritt erhalte, in einer Verkehrsanstalt aber der Verkehr einer unbestimmten Vielheit bestimmungsgemäß stattfinde. Schneickert führt aus: § 978 spricht nur von Verkehrsanstalten, die dem öffentlichen Verkehr dienen; dieser Begriff umfaßt auch die privaten Verkehrsanstalten (arg. § 981 Abs. 1). Eine Verkehrsanstalt dient dann dem öffentlichen Verkehre, wenn sie, den Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragend, zur Abwickelung, d. i. zur Ermöglichung oder Erleichterung der Erledigung von Geschäften des täglichen Lebens errichtet ist. Der Hauptwert liegt ferner nicht auf dem Worte „Anstalt", sondern dem „Verkehr"; die Anstalten sind mehr in handelsrechtlichem Sinne zu fassen. Der Begriff „Anstalt" steht im Gegensatze zu einem geringeren Betriebe. —

Zu den „öffentlichen Behörden" gehören auch die kommunalen. Zu den „Geschäftsräumen" gehören auch die dem Publikum zugänglichen Nebenräume (Korridore, Warteräume, Garderoben, Aborte rc.). Kirchen, Gottesäcker, Ausstellungsräume Vergnügungsetablissements der verschiedensten Art, Vereinslesesäle und -Bibliotheken zählen nicht zu den Ausnahmen des § 978, da sie weder „Geschäftsräume öffentlicher Behörden", noch „Verkehrsanstalten" sind, deren Inhabern man allein die Pflicht zur sorgfältigen und unentgeltlichen Behandlung der Fundsachen mit Recht auferlegen konnte. —

Hotels und Gastwirtschaften insbesondere sind keine Ausnahmen aus § 978 und dem Fundrechte nicht entzogen.

Gegen extensive Interpretation des § 978 s. o. zu §§ 965 ff. Ziff. 1 b.

§ 980. *Sternberg 48: Fraglich ist, wie eine Verständigung des Publikums vom Funde erfolgen soll, da die zit. Gesetzesstelle die Anwendung des § 981 a. a. O. ausschließt. Meint das Gesetz, daß dann, wenn der Fund vor der Versteigerung nicht bekannt gemacht war, er jedenfalls nachher zu publizieren ist, so hat es sich einer unklaren Ausdrucksweise bedient. Anderseits muß jedoch zugegeben werden, daß der Empfangsberechtigte in der Befolgung seines Rechtes stark beeinträchtigt wird, wenn er einen solchen Anspruch dartun soll, ohne daß die Beschaffenheit des Gegenstandes genügend filiert war. Wird die Sache aber nach § 978 a. a. O. in einem Geschäftsraum oder in einem Beförderungsmittel gefunden, so hat sie der Finder, gleichwohl, ob er ihren Eigentümer kennt oder nicht, an die Behörde oder Anstalt herauszugeben, welche selbst das

Verfahren einleiten muß, wodurch der wirkliche Eigentümer die Verpflichtung hätte, in diesem Stadium erst sich zu melden.

§ 984. 1. Allgemeines.

*Sternberg 49: Die Besonderheit des Schatzfundes gegenüber dem Funde im allgemeinen besteht in dem sofortigen Eigentumserwerb, in der Partizipation eines Dritten an diesem Eigentumserwerb und in der Voraussetzung des Besitzerwerbes.

2. Die einzelnen Voraussetzungen.

a) OLG. **8** 115/6 (KG.): Ist der Eigentümer einer gefundenen Sache aus einem anderen Grunde als infolge der langen Zeitdauer, z. B. infolge seiner Entfernung von dem Orte, an dem sich die Sache befand, unbekannt geworden, so handelt es sich nicht um einen Schatz, sondern um einen Fund. —

Eine Zeitdauer von acht Jahren kann unter Umständen als lange gelten. —

Die bloße Nachforschung bei dem früheren Eigentümer des Hauses, wo in einer Wandnische bei dem Hauptgashahn beim Abbruche des Hauses ein Beutel mit Goldstücken des Prägungsjahrs 1891 gefunden wurde, und dessen Erklärung, daß er nicht das Geld beanspruche und nicht wisse, wie es in die Nische hineingekommen sei, ist ungenügend. Es ist nicht unmöglich, daß durch Erkundigung bei anderen früheren Bewohnern des Hauses, besonders den Leuten, die bei dem Gashahn zu tun hatten, oder auch durch öffentliche Bekanntmachung etwas über den Eigentümer in Erfahrung gebracht werden könnte. —

b) Ebenso wird der Schatzbegriff von OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 51 verneint. Seit dem 1. 1. 76 in dem Sofa möglicherweise versteckt liegende Hundertmarkscheine — kein verhältnismäßig hohes Alter. Ferner wird auf Grund tatsächlicher Umstände Eigentum gefolgert. —

Beweisfälligkeit ferner bezüglich der Voraussetzung, daß der Eigentümer sich nicht mehr ermitteln läßt (tatsächliche Würdigung).

c) KGJ. **24** A 245 — JDR. **1** zu § 984 Ziff. 3 — s. jetzt auch Buschs Z. **33** 334.

3. Entdecker.

OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 50: Entdecker eines Schatzes ist (**RG.** SeuffA. **51** Nr. 9) derjenige, dessen Tätigkeit die unmittelbare Ursache ist, daß der Schatz der Verborgenheit entrückt wird und infolgedessen wieder in den menschlichen Verkehr gelangt. — Verneint für einen Fall, wo der Kläger im Augenblick der Findung des (in einem auktionsweise verkauften Sofa einer verstorbenen Witwe) Geldes überhaupt nicht anwesend und bei der Bloßlegung nicht unmittelbar tätig war, und der Arbeiter, der das Geld fand, nicht nur im Auftrage des Klägers, sondern auch in Ausführung eines bei Übertragung der Nachlaßauktion erteilten und angenommenen Auftrags, die Sachen vor der Versteigerung nach verstecktem Gelde zu durchsuchen, tätig war. Demnach kann, wenn es auf die körperliche Bloßlegung des Schatzes ankommt, nur der Arbeiter der Entdecker sein, oder aber derjenige, der die Nachsuchung anordnete: der Beklagte Nachlaßpfleger.

4. Empfiehlt es sich, reichsrechtlich oder landesrechtliich dem Staate ein Vorrecht an Altertumsfunden zu gewähren?

a) Pappenheim, 27. DJT. II 3—22: Begriff: Nur solche Gegenstände, die infolge ihres Ursprunges aus vergangenen Zeiten zu deren Erkenntnis beizutragen geeignet sind. Sie müssen dem Kreise der als Gegenstand menschlicher Herrschaft in Betracht kommenden Sachgüter entrückt gewesen und durch eine stattgehabte Entdeckung ihm eingereiht oder wieder eingereiht worden sein. Im wesentlichen handelt es sich lediglich um bewegliche Altertumsfunde.

Gräber und Grabhügel, Ringwälle und Reste von Bauten fallen mit ihrer Entdeckung von selbst in das Eigentum des Grundbesitzers; soweit ein öffentliches Interesse an der Erwerbung durch den Staat gegeben ist: Enteignung. Ein Anlaß zu der Einführung eines Vorkaufsrechts liegt nicht vor. — Für die beweglichen Altertumsfunde gilt lediglich der § 984. Der Staat kann sich daher ungeteilt den Schatz nur sichern, wenn er das ganze Eigentum erwirbt und selbst die Hebung der Altertümer in die Hand nimmt. Der Apparat der Enteignung ist viel zu umständlich. Im allgemeinen ist der Staat für die nachträgliche Eigentumserlangung auf freihändigen Erwerb angewiesen und muß in freie Konkurrenz mit Sammlern und Händlern treten (11 ff.). Übersicht über die verschiedenartigen Vorschriften fremder Rechte, die dem Staat ein Vorrecht gewähren. Den Staat mit der Entdeckung zum Eigentümer zu machen, hält er für sehr bedenklich wegen der strafrechtlichen Folge der Unterschlagung, die die Verfügung über den Fund durch den Finder oder Grundeigentümer bedeuten würde, und auch aus privatrechtlichen Gründen (16/17). Vielmehr ist ihm ein gesetzlicher Anspruch auf Überlassung der nach Maßgabe des § 984 erworbenen Funde gegen deren Eigentümer zu gewähren (17); doch ist ein gesetzliches Vorkaufsrecht noch nicht ausreichend, weil es nur den Besitzwechsel verhüten würde und auch die Verfügung von Todes wegen freiläßt (18). Er empfiehlt die Regelung des schwedischen und finnländischen Rechtes (18/19); dort ist der Entdecker verpflichtet, den Fund dem Staate zum Erwerbe anzubieten, — hinsichtlich des ersten Eigentumserwerbes hat es bei dem § 984 zu bewenden. Eine Unterscheidung nach dem Stoffe der Funde ist mit Bezug auf Anbietungspflicht und Aneignungsrecht nicht zu machen. Die Verletzung der Pflicht soll die Einziehung des Fundes, die Verwirkung des Vergütungsanspruchs und eine Geldbuße zur Folge haben; bei verschuldeter Unmöglichkeit: Schadensersatzpflicht. Die zu leistende Vergütung soll sich nach dem Materialwert richten, unter angemessenem Zuschlag für den wissenschaftlichen Wert: — Es empfiehlt sich im Wege der Landesgesetzgebung, dem Staate ein Vorrecht an beweglichen Altertumsfunden in Gestalt eines durch Anzeigepflicht gesicherten Rechtes auf ihre Überlassung gegen Vergütung zu gewähren.

b) Clemen, 27. DJT. II 23—27, hält die Anwendung der Schatz-Vorschriften für möglich, den Begriff „Altertumsfund" für vage und schwer faßbar. Die Altertumsfunde stellen nur eine kleine Gruppe der beweglichen und unbeweglichen historischen Denkmäler dar, auf die sich die Denkmalspflege bezieht. Er wünscht reichsgesetzliche Regelung der gesamten Denkmalspflege und möchte nur die Ausführung den Einzelstaaten überlassen sehen. Und zwar hält er hier den Weg der Enteignung für den einzig gangbaren.

c) Enneccerus, 27. DJT. III 88—95 u. v. Luschin-Ebengreuth 96—99, vereinigen sich (105) zu folgendem Antrage:

α. Es empfiehlt sich, daß im Wege der Landesgesetzung überall, wo es bisher noch nicht geschehen ist, für eine angemessene Denkmalspflege durch Bestellung staatlicher Organe vorgesorgt werde.

β. Es empfiehlt sich, durch Landesgesetz, oder, bis ein solches erfolgt, durch Reichsgesetz dem Staate ein durch Anzeigepflicht gesichertes Vorrecht auf den Erwerb beweglicher Altertümer gegen Vergütung zu gewähren.

Diese Vorschläge wurden vom DJT. einstimmig angenommen (111). Zusammenfassende Übersicht über diese Verhandlungen in IV 625—627 (Enneccerus).

d) Kohler, Das Recht an Denkmälern und Altertumsfunden, DJZ. 04 771 ff.: Das Richtige ist, von Fall zu Fall zu bestimmen, was, als ein auf-

bewahrungsfähiges Denkmal, der Fürsorge anheimgegeben werden soll. — Unter Denkmal ist eine Sache zu verstehen, die den Charakter eines Kunstwerkes besitzt und zu gleicher Zeit für die Kennzeichnung einer vergangenen Periode der Menschheit bedeutsam ist. Ein Gegenstand der gleichen Art, der nicht Kunstwerkscharakter hat, ist als Altertumswerk zu bezeichnen. Nicht als Denkmäler und Altertümer sind merkwürdige Naturgegenstände zu betrachten: Naturdenkmäler. — Über sie Normen zu geben, ist Sache der Landesgesetzgebung (Art. 109 EGBGB.), die das ganze Bereich des geschichtlichen Sachenschutzes umfassen sollte, wobei man allerdings die Handschriften besonderen Satzungen unterwerfen müßte. Zivilrechtlich müßten die Eigentümer dahin belastet werden, den Gegenstand nicht zerstören und veräußern zu dürfen; dem Staate müßten Vorkaufs- und Enteignungsrechte gegeben werden; die §§ 932 ff. müßten ausgeschlossen werden. — Des weiteren erscheint das System des § 984 nicht sachgemäß; für den Halberwerb des Grundeigners spricht kein genügender Grund. Lediglich im Falle der Schatzgräberei kann er beliebige Bedingungen stellen; und wenn der Schatzgräber ohne seine Zustimmung handelt, soll er gewisse Ansprüche erwerben. Hiermit würde auch die Härte unseres heutigen Fundrechts vermieden, indem der Finder, der seinen Fund verhehlt, als Unterschlagender behandelt wird.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum.

§ 985. *Wedemeyer, EisenbE. **20** 269 ff.: Die Vindikation eines Grundstücks, das ohne Erlaubnis des Eigentümers und ohne vorheriges Enteignungsverfahren zum Bau einer Privatbahn verwandt wurde, ist in Preußen nach Erteilung der Betriebsgenehmigung ausgeschlossen, es sei denn, daß die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß durch die Herausgabe des betr. Grundstücks die Betriebsfähigkeit des Unternehmens nicht leidet (§ 6 des Bahneinheitsgesetzes v. 11. 6. 1902). Vor Betriebseröffnung ist das widerrechtlich zum Bahnbau gezogene Grundstück noch nicht res publica geworden und unterliegt daher der Eigentumsklage. Für diese Klage ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Die Genehmigung zum Bahnbau, die dem Minister der öffentlichen Arbeiten vorbehalten ist, bei Kleinbahnen regelmäßig dem Regierungspräsidenten zusteht, und in der genau vorgeschrieben ist, über welche Grundstücke die Bahn geführt werden soll, ist zwar eine polizeiliche Verfügung im Sinne des preußischen Gesetzes vom 11. 5. 1842, wird aber mit der Eigentumsklage nicht angegriffen, denn die Genehmigung will das Enteignungsverfahren nicht überflüssig machen, erwartet vielmehr dessen ordnungsmäßige Durchführung.

§ 986. 1. *Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse 194 ff.: Die Einrede des Sachbesitzers ist eine rechtsverteidigende Einrede, d. h. eine Einrede, die den entgegenstehenden Anspruch wohl verneint, dabei aber an die Zuständigkeit eines Rechtes beim Einwendenden gebunden ist, das sie verteidigt. Soweit dieses Recht einem Dritten zusteht, ist ihre Zulässigkeit davon bedingt, daß zwischen der Rechtsstellung des Dritten und jener des die Einrede Gebrauchenden eine legitimierende Verbindung besteht, welche Verbindung regelmäßig durch Überlassung des Sachbesitzes hergestellt wird.

2. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 943 ff.: Der Klage des Eigentümers auf Herausgabe von Parzellen, welche sich im Besitze des Beklagten befinden, gegenüber kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß der Kläger selbst ihm die Grundstücke übergeben habe, weil er sich verpflichtet hatte, sie dem Beklagten zu verkaufen. Denn auch dem in der Erwartung des abzuschließenden Kaufvertrags eingeräumten Besitze fehlt ein den Kläger bindender Rechtstitel (946).

§§ 994 ff. *Baring, SächsA. **14** 459 ff.: Begriff der Verwendung, Lösungsanspruch? S. o. zu § 256. Verhältnis des § 997 zu § 258 BGB. s. o. zu § 256.

§ 1004. 1. *Linckelmann, AbürgR. **24** 238 ff.: Der negatorische Anspruch hat einen doppelten Inhalt, er umfaßt außer dem Anspruche auf Beseitigung von unzulässigen Einwirkungen auch den Anspruch auf ein positives Tun, nämlich auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Den nach § 26 GewO. obrigkeitlich genehmigten Anlagen (vgl. auch Art. 124 EG.) gegenüber verwandelt sich der Beseitigungsanspruch in einen Anspruch auf Herstellung von Einrichtungen, bzw. auf Schadloshaltung; dagegen greift der Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, was bislang verkannt wurde, auch gegen die gedachten Anlagen durch. Letzteres gilt auch — dagegen die Rechtsprechung und die Literatur — im Verhältnisse zu den Eisenbahnen und zu den Kleinbahnen für Preußen.

2. Aus der Praxis.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 951, Puchelts Z. **35** 137 ff., JW. **04** 142, ElsLothrJZ. **29** 545 ff., SeuffA. **59** 230 ff.: Anspruchsverpflichteter gegenüber einer Eigentumsfreiheitsklage ist derjenige, durch dessen Willen eine Eigentumsverletzung aufrecht erhalten wird (vgl. Motive III 425). Wird gegen eine aus dem Gebrauche des Grundstücks durch einen Mieter entsprungene Eigentumsverletzung — nämlich eine nach § 906 verbotene Einwirkung auf das Nachbargrundstück — von dem Vermieter nicht eingeschritten, so steht dieses Nichtverhindern dem Verursachen gleich und ist deshalb der Vermieter passiv legitimiert. Ebenso **RG. 47** 163 ff., JDR. **1** Ziff. 4 und OLG. Karlsruhe, Hess. Rspr. **5** 89.

b) **RG.** R. **04** 764: Durch den § 1004 in Verbindung mit § 906 werden die Grundstücke bezüglich der voneinander ausgehenden Einwirkungen gewissermaßen gegeneinander geschützt und im gegenseitigen Interesse in ihrer Gebrauchs- und Nutzungsfähigkeit eingeschränkt. Damit ist zum Ausdrucke gebracht, daß regelmäßig der Vertreter des Grundstücks, also der Eigentümer selbst es ist, der für Überschreitungen des Gebrauchs- und Nutzungsrechts aufzukommen hat. Wenn nun der § 1004 den „Störer" wegen der Beseitigung von Eigentumsbeeinträchtigungen für haftbar erklärt, so wird damit nur klargestellt, daß diese Haftung an die Voraussetzung einer Verursachung der Störung durch die in Anspruch genommene Person geknüpft ist, der dabei eine schuldhafte Handlung nicht zur Last zu fallen braucht. Nicht aber wird dadurch der Begriff des ursächlichen Zusammenhanges irgendwie eingeengt.

c) **RG. 57** 320 ff., JW. **04** 142, Gruchots Beitr. **48** 934: Der rein dingliche, in Gestalt eines Grundbuchberichtigungsverlangens nach § 894 BGB. geltend zu machende Anspruch aus § 1004 (z. B. auf Löschung einer angeblich nicht zu Recht bestehenden Grundschuld) steht in der Regel nur dem Grundstückseigentümer zu; nur unter ganz besonderen Umständen, z. B. vertragsmäßige Abrede, kann ihn ein Dritter erheben.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **70** 89: Die Klage aus § 1004 ist ohne Rücksicht darauf begründet, ob durch die Beeinträchtigungen ein materieller Schaden entstand.

§ 1006. OLG. 8 193 (Hamburg): § 1006 gilt auch für den ein Pfandrecht beanspruchenden Besitzer.

BayObLG. 5 64: Die Vermutung des § 1006 findet auf Schuldscheine keine Anwendung.

Fünfter Titel. Miteigentum.

§ 1008. *Merzbacher, Ges. m. b. H. § 14 Anm. 1: Der Geschäftsanteil einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nicht ein Miteigentum im

Sinne des § 1008, sondern ein Forderungsrecht gegenüber der Gesellschaft, das während des Bestehens der Gesellschaft einen Anspruch auf Teilung des Reingewinns, nach ihrer Auflösung einen solchen auf Teilung ihres Vermögens gewährt.

§ 1010. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege §§ 5, 13, 24, 31, 33, 34 zu I, 35: Ein stets unteilbares deutschrechtliches Miteigentum bilden ihrer Natur und Entstehung nach die gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke (s. o. Ziff. 1 zu § 96 BGB.). Diese Unteilbarkeit ist nach Artt. 164 u. 113 EGBGB. (s. auch dort) unberührt geblieben.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

Literatur: Dennler, Das Erbbaurecht, BayNotZtg. 5 4 ff., erörtert Begriff und Natur des Erbbaurechts, dessen Gegenstand, Inhalt, Begründung, Übertragung und Belastung, Beendigung, Schutz und soziale Bedeutung und kommt zu dem Schlusse, daß das Erbbaurecht allgemein für die Bodenreform und als Kreditquelle weniger verwertbar ist, wohl aber für einzelne Fälle von Bedeutung sein kann. — Oertmann, Zur Würdigung des Erbbaurechts, behandelt in Hirths Ann. **04** 561 die juristische und wirtschaftliche Bedeutung des Erbbaurechts.
Lau, Die rechtliche Stellung des Erbbauberechtigten (Diss.).

§ 1012. 1. Oertmann a. a. O. 563 ff.

a) Felsenkeller, Brücken und Viadukte können Gegenstand des Erbbaurechts sein.

b) Der Erbbauberechtigte (der „Erbbauer") braucht nicht notwendig Eigentümer des errichteten Bauwerkes zu sein, er ist es jedenfalls nicht, wenn er das Gebäude bereits bei Erwerb seiner Gerechtsame fertig vorfindet, vielmehr ist der Grundeigentümer, wenn er das Bauwerk selbst errichtet hat, notwendig auch Gebäudeeigentümer (§§ 94, 93 BGB.).

c) Ist für die Gewährung des Erbbaurechts die Entrichtung eines Bodenzinses vereinbart, so verstößt eine Vereinbarung, durch die der bodenzinsberechtigte Eigentümer die Übertragung des Erbbaurechts an sich in futurum ausbedingt, gegen § 1149 BGB. Verschieden hiervon ist eine sog. Verfallklausel, wonach der Erbbauberechtigte bei Säumnis der Zahlung sein Recht verwirkt. Die Zulässigkeit einer solchen Klausel folgt daraus, daß das Erbbaurecht eine Belastung des Grundstücks ist und daher auch unter einer auflösenden Bedingung errichtet werden kann, so daß es mit dem Eintritte der Bedingung seine Existenz verliert.

2. RG. **56** 41, JW. **04** 37, SeuffA. **59** 395: Bauwerk (Bau) ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Einer Brunnenanlage ist die Eigenschaft eines Bauwerkes abzusprechen.

3. RJA. **5** 202 (KG): Bauwerk umfaßt alle Werke der Bautätigkeit. Ein solches Werk ist auch die in der mechanischen Verbindung mit dem Grund und Boden bestehende Herstellung einer Gleisanlage. — Vgl. über den Begriff des Bauwerkes auch o. zu § 638 Ziff. 2.

§ 1015. Über die Bedingbarkeit der Bestellung s. Bruck zu § 1017.

§ 1017. 1. *E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 86 ff., führt gegenüber Endemann (Lehrb. II § 59 Anm. 5) aus, daß das Erbbaurecht zwar bedingt oder betagt begründet, aber nur unbedingt und unbetagt übertragen werden dürfe. Diese auffallende Behandlung beruhe auf der gleichen Unterscheidung wie § 7 GBO.

2. Aus § 1017 folgt, daß das Erbbaurecht (der dem Erbbaurecht unterworfene Grundstücksgehalt) geeignet ist, Bestandteile zu haben, auf die sich die am Erbbaurechte bestehenden Hypotheken miterstrecken. Zu diesen Bestandteilen des Erbbaurechts (richtiger des diesem unterworfenen, verselbständigt gedachten

Grundstücksgehalts) sind auch die darauf von dem Erbbauberechtigten errichteten Gebäude zu rechnen. Oertmann, Hirths Ann. **04** 565. Endigt das Erbbaurecht, so wird mangels besonderer Abmachungen ein bisher als Bestandteil des Erbbaurechts in Betracht kommendes Gebäude eine selbständige Sache, an der sich die bisherigen Rechtsverhältnisse fortsetzen und die daher nach wie vor dem Eigentume des bisherigen Erbbauberechtigten und der Hypothek seiner Hypothekengläubiger unterworfen bleibt. Oertmann a. a. O. 568.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. 1. Wie JDR. **1** Ziff. 5 zu § 1018 (nemini res sua servit), Willenbücher 85 und wiederholt Oberneck (3) I 553, welcher aber hinzufügt: Im Wege der Auslegung des Veräußerungsvertrags oder der Auflassung kann die Verpflichtung zur Bestellung der Grunddienstbarkeit in dem Falle festgestellt werden, daß auf zweien, demselben Eigentümer gehörenden Grundstücken Einrichtungen getroffen waren, die bei Verschiedenheit der Eigentümer dem Begriffe der Grunddienstbarkeit unterstanden haben würden, und nunmehr der Eigentümer eines dieser Grundstücke veräußerte. Je nachdem das veräußerte Grundstück als das dienende oder als das herrschende anzusehen gewesen wäre, darf der Wille dahin ausgelegt werden, daß der bisherige Eigentümer oder der Erwerber das Recht auf die entsprechende Grunddienstbarkeit erwerben sollte.

2. Über Kellerbauten als Gegenstand einer Grunddienstbarkeit oder eines Erbbaurechts s. Silberschmidt, SeuffBl. **04** 409. Vgl. auch **RG.** Puchelts Z. **35** 257, RheinA. **100** II 120, JW. **04** 110.

3. *Spieß, ZBlFrG. **4** 661: Eine umfassende Neuordnung aller an einem oder einer Mehrzahl von Grundstücken bestehenden Grunddienstbarkeitsverhältnisse, einschließlich also derjenigen, die nicht den eigentlichen Gegenstand des Verfahrens bilden, findet landesrechtlich in Preußen bei den sog. agrarischen Teilungen und auch der Grundstückszusammenlegung statt, bei welcher letzteren ebenfalls alle nicht im Rezeß ausdrücklich aufrecht erhaltenen Servituten mit Ausnahme der sog. notwendigen erlöschen.

4. Aus der Praxis.

a) **RG. 58** 264, JW. **04** 471: Wenn eine Eisenbahngesellschaft einem Anlieger vertraglich gestattet, ein Privatgeleise an die Bahn anzuschließen, so liegt darin nicht ein Dulden des Fahrens oder Gehens, wie es sich zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit eignen würde, vielmehr wahrt sich die Eisenbahn die ausschließliche Befugnis des Handelns auf ihrem Gebiet, und das Wesentliche des Anschlußvertrags besteht darin, daß sich die Eisenbahn verpflichtet, die Beförderung der Güter nicht, wie regelmäßig, vom Bahnhofe, sondern von der Anschlußstelle aus zu übernehmen. Hiernach können die Verbindlichkeiten der Eisenbahn als Gesamtheit servitutarische Natur nicht haben.

b) LG. Straßburg, ElsLothrNotZ. **24** 54: Zu gegenseitigen Gunsten und Lasten zweier Grundstücke kann auf genau abgegrenzten Teilen eine Dienstbarkeit in der Weise bestellt werden, daß diese Teile nur als öffentliche Straße benutzt werden können, da durch die Belastung das dienende Grundstück nicht in jeder Beziehung der Benutzung des Eigentümers entzogen wird und die unbegrenzte Zugänglichkeit des dienenden Grundstücks ein Vorteil für das berechtigte Grundstück ist, auch wenn er mit dem Interesse anderer zusammenfällt.

c) LG. Stettin, PosMschr. **04** 140: Das Recht der Stadtgemeinde darauf, daß der Eigentümer die Anpassung von Baulichkeiten an eine Fluchtlinie unentgeltlich dulde, ist keine eintragungsfähige Dienstbarkeit.

d) KG., NaumbAK. **04** 76: Die Entschädigungspflicht des Bergwerksbesitzers ist persönlicher Natur, der Verzicht des Grundeigentümers auf die Entschädigung läßt die Befugnis, über das fremde Grundstück innerhalb des Bergwerksbetriebs einzuwirken, unberührt und ist wegen seiner obligatorischen Natur zur Eintragung nicht geeignet.

Vgl. auch JDR. **2** Ziff. 4 und **3** Ziff. 1 zu §§ 13 ff. GBO.

§ 1019. OLG. **10** 117, HansGerZ. **04** Beibl. 160, R. **04** 335, 448 (Hamburg): An einem Vorteile für ein Grundstück fehlt es, wenn es sich bloß um das Verbot eines Konkurrenzgeschäfts handelt, das nur persönlichen Zwecken dient, mit der Benutzung des Grundstücks an sich aber nichts zu tun hat.

§ 1020. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 952: Es entspricht der bisherigen preußischen Praxis und dem jetzigen Rechte, daß der Eigentümer die Ausübung einer Grunddienstbarkeit nicht hindern oder vereiteln darf und wonach sich der Servitutberechtigte nur unerhebliche Erschwerungen gefallen zu lassen braucht. Auch der Grundsatz der schonenden Ausübung der Grunddienstbarkeit darf nicht dahin führen, daß der Berechtigte zu einem auch nur teilweisen Verzicht auf sein Recht genötigt wird.

§ 1023. 1. Wie JDR. **2** zu § 1023, **RG.** Gruchots Beitr. **48** 105, wo ferner gebilligt wird, daß die Verlegung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf eine andere Stelle unzulässig ist, wenn diese nicht nur eine Unbequemlichkeit, sondern eine erhebliche Erschwerung der Ausübung der Dienstbarkeit zur Folge haben würde.

2. **RG.** JW. **04** 294, R. **04** 167, 361: Die Verlegung einer Grunddienstbarkeit ist nur auf einen anderen Teil des dienenden Grundstücks zulässig, es kann nicht verlangt werden, daß die Ausübung der Grunddienstbarkeit auch nur zum Teil auf Grundstücke anderer verlegt werde.

3. **RG.** R. **04** 140: Wenn bei einem Rechtsverhältnisse, das den einen Teil zu fortdauernden Leistungen verpflichtet, der andere Teil aus einem vom Gegner zu vertretenden Grunde die Änderung der Leistung (z. B. eine Stadtgemeinde aus Anlaß der Veränderung einer städtischen Brücke die Verlegung der Rohrleitung einer Gasgesellschaft) verlangt, so hat er die dadurch entstehenden Kosten zu tragen. Der § 1023 ist analog anzuwenden, selbst wenn im vorliegenden Falle von einer Grundgerechtigkeit keine Rede sein sollte.

§ 1025. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege § 34 zu II, § 16 zu II: Die ländlichen Grundgerechtigkeiten, welche, wie die Weide-, Streu-, Holzgerechtigkeit, Fischerei zur Tischesnotdurft, nach dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks auszuüben sind, stehen grundsätzlich nicht dem Gehöft allein, sondern dem ganzen Gutskomplex, insbesondere den Ländereien zu und sind daher bei einer Teilung des herrschenden Gutes hauptsächlich von dem Schicksale der Ländereien abhängig. Dieser im wesentlichen schon früher von der Rechtsprechung angenommene Grundsatz gilt auch unter dem § 1025 BGB. weiter.

Zweiter Titel. Nießbrauch. I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. OLG. **9** 15 (Dresden): Wenn der Nießbrauch nach innen auch nur wegen einer Forderung von bestimmter Höhe bestellt ist, so ist das dingliche Recht des Nießbrauchers nach außen dennoch unbeschränkt und er Dritten gegenüber befugt, die Nutzungen in vollem Umfange zu ziehen. Daher Bereicherungsklage gegen denjenigen, der die Mieten gepfändet und eingezogen hat.

§ 1037. *Spieß, ZBlFrG. **4** 660: ➵ Der Nießbraucher ist in Preußen nicht berechtigt, die seinem Rechte unterliegenden Grundstücke einer Grundstücks-Zusammenlegung zu unterwerfen; ➴ anderseits kann er auch einem solchen Verfahren nicht widersprechen und es tritt die daraus für den

Eigentümer hervorgegangene Abfindung auch für ihn ohne weiteres kraft Gesetzes an die Stelle der alten Grundstücke.

§ 1045. 1. *Seligsohn, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden 10 ff., schlägt folgenden Zusatz vor: Eine Verfügung, die die Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft überschreitet, ist unwirksam. Nach dem Sprachgebrauche des BGB. bildet den Gegensatz zu den Worten „so kann der Nießbraucher . . . verfügen": „der Nießbraucher kann nicht verfügen", d. h. über die Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft hinaus ist der Nießbraucher verfügungsunfähig.

2. Über Eigentumserwerb durch Einverleibung in ein Inventar vgl. Sprenger o. zu § 588.

§ 1054. Über die rechtliche Stellung des Zwangsverwalters gegenüber dem Nießbraucher eines Grundstücks und gegenüber demjenigen, der durch Pfändung und Überweisung in dessen Rechten steht, s. **RG. 56** 388.

§ 1070. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung: Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Besteller (93).

§ 1074. 1. *Weigelin a. a. O. 76 ff.: Hat der Nießbraucher das Recht, die Forderung für sich allein einzuziehen (was bei verzinslichen Forderungen hinsichtlich der Zinsen, bei unverzinslichen Forderungen dann zutrifft, wenn die Forderung auf verbrauchbare Sachen, insbesondere auf Geld gerichtet ist), so kann er statt dessen auch aufrechnen (76 ff.). Ebenso kann in diesem Falle der Schuldner mit einer ihm gegen den Nießbraucher zustehenden Forderung aufrechnen (84 Nr. 50). Dies findet auch beim ehemännlichen und elterlichen Nießbrauch Anwendung (78, 85).

2. OLG. **8** 100 (Colmar): Die Wirksamkeit eines Vertrags, durch welchen an den einen die Nutznießung, an den anderen das Eigentum veräußert wird, ist nicht zu beanstanden.

§ 1086. OLG. Dresden, SächsA. **14** 511 ff.: § 1086 ist als Ausnahmebestimmung nicht auf den in anderen Abschnitten behandelten Nießbrauch „an Sachen" oder „an Rechten" anzuwenden. Daher ist er dann nicht anwendbar, wenn der Schuldner nur an einem einzelnen, jedoch dem einzigen realisierbaren Gegenstande seines Vermögens einen Nießbrauch bestellt hat. — Über den Begriff des „Vermögens" a. a. O. 512. Einzelne körperliche Sachen als solche stellen niemals einen Vermögensinbegriff dar.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. Vgl. KG., PosMschr. **04** 163 Ziff. 1d bei §§ 13 ff. GBO.

2. OLG. **10** 117 (KG.): Nach § 1090 Abs. 2 in Verbindung mit § 1061 BGB. ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit unvererblich. Die Bestellung einer Dienstbarkeit in der Weise, daß nach dem Tode des zunächst Berechtigten dessen Erben Berechtigte sein sollen, ist daher in Anbetracht der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte unzulässig.

3. OLG. **10** 118 (KG.): Wenn im § 1090 von einer sonstigen „Befugnis" die Rede ist, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, so sollen damit vom Standpunkte des Berechtigten aus diejenigen Belastungen zusammengefaßt werden, welche, abgesehen von der Benutzung nach § 1018, einem Grundstück als Grunddienstbarkeit auferlegt werden können. Daß mit dem Worte „Befugnis" ein begrifflicher Unterschied zwischen dem Inhalt einer Grunddienstbarkeit und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ausgedrückt werden sollte, dafür bietet weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des § 1090 einen Anlaß. Wollte man annehmen, daß nach § 1090 alle Rechte auszuscheiden hätten, die den Eigentümer des belasteten Grundstücks nur zu einem Unterlassen

verpflichten, so wäre es nicht verständlich, weshalb im § 1090 neben den eine Benutzung des dienenden Grundstücks enthaltenden Rechten überhaupt noch andere, lediglich auf ein Unterlassen des Grundstückseigentümers abzielende Rechte aufgeführt zu werden brauchten.

4. *Brand, Grundbuchsachen 169 weist für die Beurkundung von Gutsüberlassungsverträgen insbes. auf Art. 15 PrAGBGB. hin, der wichtige Fingerzeige gibt, welche Gesichtspunkte bei der Beurkundung solcher Verträge besonders zu beachten sind.

5. S. auch die Bemerkungen von Spieß Ziff. 13 zu § 883 BGB.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. 1. *Bendix, JW. **04** 601, bestreitet die Ansicht Reichels (Iherings J. **46** 94) — JDR. **2** zu §§ 497 ff. —, daß das dingliche Vorkaufsrecht, insoweit das Verhältnis zu Dritten in Frage komme, nur eine (qualifizierte) Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes bedingten Auflassungsanspruchs sei, erachtet dieses vielmehr als eine dem jeweiligen Eigentümer unmittelbar treffende Belastung des Grundstücks. Als wesentliche Unterschiede des dinglichen und persönlichen Vorkaufsrechts hebt er folgende hervor:

a) Das dingliche Vorkaufsrecht kann auch als subjektiv dingliches Recht konstituiert (§ 1094 Abs. 2), die aktive Seite der Obligation hiernach mit dem Eigentum eines Grundstücks verknüpft werden.

b) Das persönliche Vorkaufsrecht beschränkt sich seiner Natur nach auf einen Verkaufsfall, auf den seitens des obligatorisch verpflichteten Teiles; das dingliche Vorkaufsrecht dagegen kann auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle, also als wiederholentliches, bestellt werden (§ 1097); in diesem Falle geht die passive Seite der Obligation auf jeden neuen Grundstückseigentümer über, wenn der Berechtigte in dem betreffenden Veräußerungsfalle von dem Vorkaufsrechte keinen Gebrauch gemacht hat. Bei dem persönlichen Vorkaufsrechte kann der durch die Vormerkung gesicherte künftige Auflassungsanspruch nur mittels des persönlichen Schuldverhältnisses gemäß § 888 dem neuen Grundstückserwerber gegenüber zur Geltung gelangen. Das dingliche Vorkaufsrecht belastet auch in seiner Wirkung, wenn es dauernd, also auch für spätere Verkaufsfälle besteht, das Grundstück jedem späteren Erwerber gegenüber unmittelbar.

c) In Ansehung des persönlichen Vorkaufsrechts gilt der allgemeine Grundsatz der Vertragsfreiheit; die für seinen Inhalt maßgebenden gesetzlichen Vorschriften unterliegen rechtsgeschäftlicher Abänderung. Dagegen gestattet das dingliche Vorkaufsrecht nicht, den Inhalt der Belastung durch Privatwillkür zu erweitern; die maßgebenden Rechtsnormen haben insoweit einen absoluten Charakter, wodurch der Privatautonomie eine Grenze gezogen ist.

Vgl. auch oben Ziff. 11 zu § 883 BGB.

2. Turnau-Förster I 514: Das persönliche Vorkaufsrecht darf nicht vorgemerkt werden, weil es durch Vormerkung dieselben Wirkungen erlangen würde, wie das dingliche Vorkaufsrecht. Dagegen Sekler 282, welcher im einzelnen die Unterschiede zwischen dem persönlichen und dinglichen Vorkaufsrecht aufdeckt.

3. Vgl. auch noch Spieß Ziff. 13 zu § 883 BGB.

§ 1097. Willenbücher 134 nimmt in Übereinstimmung mit Biermann 285, Staudinger (2) 354 und Fuchs I 350 an, daß das auf einen Verkaufsfall beschränkte Vorkaufsrecht im Falle des § 511 BGB. nicht untergeht, sondern nur ruht und ausgeübt werden kann, sobald der Erbe verkauft. A. M. Planck 420, Oberneck (3) I 594, Männer 259.

§ 1098. 1. Wie OLG. **4** 69 (Dresden) — JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1098 BGB. — auch OLG. **10** 119, RJA. **5** 120 (KG.), wo ferner ausgesprochen ist, daß ein dingliches Vorkaufsrecht für eine andere, als die im Vertrag als berechtigt bezeichnete Person nur zulässig ist, wenn der Vertrag die Zulässigkeit der Übertragung des Vorkaufsrechts ausspricht (BGB. § 514).

2. Sekler, Lehre von der Vormerkung 284: Wird das Grundstück mit einem Rechte belastet, ehe der Fall des Vorkaufs eintritt, so ist für § 883 Abs. 2 BGB. kein Raum. Ebenso Turnau-Förster I 521, Staudinger (2) 355. A. M. Immerwahr, Iherings J **40** 327.

3. Abs. 2. Strohal, Dekanatsprogramm (Leipzig 1904) 24 ff., folgert aus dieser Vorschrift, daß auch dem auf Grund einer Bewilligung Vorgemerkten der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zustatten kommt. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 883 BGB.

Dagegen Bendix, JW. **04** 601 Anm. 6: Die Berufung auf die publica fides des Grundbuchs wird dem Vorkaufsberechtigten nicht wegen jener Wirkung, sondern wegen des Wesens seines Rechtes gewährt. Das dingliche Vorkaufsrecht ist aber seinem Wesen nach ein Recht an einem Grundstücke, während dem tatsächlich nur Vorgemerkten solche Rechtsstellung nicht zukommt.

Stintzing, R. **04** 323: Unbestreitbar wirkt das eingetragene dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber wie eine Vormerkung. Daß trotzdem das Gesetzbuch das dingliche Vorkaufsrecht buchmäßig nicht als eine Vormerkung behandelt, zeigt, daß eine Verschiedenheit besteht. Diese liegt darin, daß durch Einigung und Eintragung ein materielles Rechtsverhältnis zwischen Besteller und Erwerber entsteht, an welches das Gesetzbuch die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchs anknüpft.

4. Sekler 285: Das dingliche Vorkaufsrecht hat nur Dritten, nicht auch dem Grundstückseigentümer gegenüber die Wirkung einer Vormerkung. BGB. § 884 und KO. § 24 finden auf das dingliche Vorkaufsrecht keine Anwendung. Um gegen die Unzulänglichkeit des Vermögens gesichert zu sein, muß der Anspruch auf Übertragung des Eigentums, welcher durch die Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts entsteht, selbst wieder im Grundbuche vorgemerkt werden.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. RG. **57** 332, JW. **04** 297, R. **04** 361, vgl. Ziff. 1c zu §§ 13 ff. GBO.: Die Verpflichtung zum Ausbau einer Straße und Herstellung der Kanalisation und Wasserleitung kann nicht Gegenstand einer Reallast sein.

2. OLG. Posen, R. **04** 253, PosMschr. **04** 37: Nicht eintragungsfähig ist die Pflicht zur Unterhaltung eines auf einem Nachbargrundstück eingeräumten Überwegs, das jederzeit zulässige Widerrufsrecht des Nachbarn und die Pflicht, im Falle des Widerrufs die Beseitigung des Weges zu dulden.

OLG. Stuttgart, R. **04** 253: Die von dem Eigentümer einer Wirtschaft für sich und seinen Rechtsnachfolger gegenüber einer Brauerei übernommene Verpflichtung, das Bier für die Wirtschaft auf die Dauer eines längeren Zeitraums von der Brauerei zu beziehen, ist nicht als eine Last des Grundstücks, sondern als eine Verbindlichkeit derjenigen Person, welche das Grundstück jeweils besitzt, aufzufassen.

4. OLG. Oldenburg, OldZ. **31** 93: Nicht eintragungsfähig ist die Verpflichtung, eine Höhle durch ein Grundstück zu legen, sie zu reinigen und zu unterhalten.

5. S. auch Spieß Ziff. 13 zu § 883 BGB. Weitere Fälle s. auch JDR. **2, 3** zu GBO. §§ 13 ff.

§ 1107. Oberneck (3) I 614 erachtet — entgegen den früheren Auflagen (JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1107) — zum Schutze der Reallastberechtigten die §§ 1134, 1135 BGB. wenigstens für entsprechend anwendbar, da die actio confessoria auch dem Eigentümer gegenüber zu dem Zwecke gegeben ist, daß dieser sich die Ausübung des dinglichen Rechtes gefallen lasse und die Sache in demjenigen Zustand erhalte, durch den die Ausübung des dinglichen Rechtes bedingt ist. Vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 354.

§ 1111. Abs. 2. OLG. 8 131 (KG.) läßt es dahingestellt, ob, wenn eine Reallast, insbes. ein Altenteil zu verschiedenen Leistungen verpflichtet und der Anspruch auf einzelne von ihnen nicht übertragbar ist, dies der Übertragung der Reallast im Ganzen überhaupt entgegensteht (Turnau-Förster Note 1) oder die Übertragbarkeit nur soweit ausgeschlossen ist, als die Nichtübertragbarkeit der einzelnen Ansprüche reicht (Planck Note 1 b, Fuchs Note 2 b). Jedenfalls kann eine Abtretungserklärung als zur Eintragung geeignet nicht angesehen werden, wenn sie unbestimmt läßt, in welchem Umfange die Altenteilsberechtigten ihr Altenteilsrecht haben abtreten wollen und tatsächlich abgetreten haben.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel. Hypothek.

Vorbemerkung: Auf dem umfangreichen und (beim Mangel jeder Unterabschnitte) etwas unübersichtlichen Gebiete des Hypothekenrechts sind im verflossenen Berichtsjahre überaus zahlreiche Einzelfragen namentlich durch die Rechtsprechung zur Erörterung gelangt. Auch jetzt steht noch immer im Vordergrunde des Interesses die Voraussetzung und rechtliche Behandlung der sog. Eigentümerhypothek, insbes. welchem Eigentümer sie zusteht und ob sie auch bei Mangelhaftigkeit der dinglichen Einigung entstanden ist (vgl. die Nachweise bei § 1163). Die Eintragungsfähigkeit der Goldklausel (vgl. B 5 zu § 1115) ist wiederholt von Oertmann, Merfeld und Lesse, die Pfandhaftung der Früchte von Mettier (bei § 1120), die schlichte Sicherungshypothek von Quandt (bei § 1184) eingehend behandelt worden. Ob ein Verzicht des Gläubigers auf die ihm aus § 1160 zustehenden Rechte zulässig ist, wird im Anschluß an die bekannten Entscheidungen des Kammergerichts und Reichsgerichts weiter besprochen. Die zahlreichen Entscheidungen, welche an die §§ 1115, 1134, 1179 anknüpfen, lassen die besondere Bedeutung dieser Gesetzesbestimmungen für die Praxis erkennen.

§ 1113. 1. Wesen der Hypothek.

a) Gegen die von Oberneck (3) I 636 ff. verfochtene Theorie der Wertteile (System des festen Ranges) wendet sich Predari, ZBlFrG. **5** 509: Im Gesetze ist überall von einer Belastung des Grundstücks die Rede, also von der Begründung eines das Grundstück ergreifenden Rechtes kraft der im Eigentume liegenden Machtbefugnisse. Nur darin zeigt sich die Verschiedenheit, daß die Hypothek (Grundschuld) sich das Grundstück nicht in seiner körperlichen Beschaffenheit nach dieser oder jener Richtung untertan macht, sondern ein Wertaneignungsrecht ist, d. h. das Grundstück als Wertgegenstand festhält und den Anspruch auf den Erlös insoweit gibt, als nicht andere Rechte vorgehen. Demgemäß ist auch nicht der (objektive oder vereinbarte) Wert der Haftungsgegenstand, sondern das Grundstück nach der Seite seiner Verwertbarkeit. Nur der Erfolg der Hypothekenklage, nicht der Begriff der Hypothek bestimmt sich nach dem Werte des Grundstücks. Vgl. auch Eck, Vorträge II 291.

b) *Hirsch, AbürgR. 25 222: Den Inhalt der Hypothek bilden vor allem die Verwertungsbefugnis und die auf einen bestimmten Teil des Erlöses begrenzte Surrogationsbefugnis. Beide sind aus dem Eigentume hergeleitet. Verwertungsbefugnis ist die Befugnis zur Nutzung und Veräußerung der Sache. Surrogationsbefugnis ist das Recht auf den Erlös der zwangsweise veräußerten Sache.

2. OLG. 10 128 (Breslau): Bei der Zwangsversteigerung ergreift die durch den Zuschlag erloschene Hypothek das Surrogat der Sachhaftung, dh. entweder den Erlös (§ 117 ZwVG.) oder, wenn das Bargebot nicht berichtigt wird, den aus der Barzahlungspflicht des Erstehers sich ergebenden Anspruch auf Erfüllung (§ 118 ZwVG.). Wird daher für die kraft Gesetzes auf den Hypothekar übergegangene Forderung gegen den Ersteher eine Sicherungshypothek eingetragen und bestand an der durch den Zuschlag erloschenen Hypothek ein Pfandrecht, so belastet auch dieses die für den Gläubiger einzutragende Sicherungshypothek, unbeschadet der Vorschriften des § 892 BGB. über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs im Falle einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über die Hypothek.

3. Nußbaum, Die Damnohypothek, AbürgR. 25 62, erörtert die juristische Natur des „Damno“ im Hypothekenverkehr, d. i. einer Vergütung, die der Geldgeber außer den Zinsen dadurch erhält, daß er dem Schuldner nicht den vollen Nominalbetrag der Hypothek hingibt, sondern ihm einen Abzug macht. N. verwirft die Auffassung, daß die zur Hypothek gehörige Forderung in Höhe des Damnos nicht entstanden und die Hypothek daher insoweit Eigentümerhypothek geworden (§ 1163 Abs. 1) oder daß das Damno als kapitalisierter Zins zu behandeln und deshalb den für Zinsen geltenden Regeln zu unterstellen sei, vielmehr hat nach seiner Ansicht das Damno eine eigenartige wirtschaftliche und rechtliche Funktion, und es steht den Beteiligten frei, zu vereinbaren, daß es als Darlehn geschuldet werden solle (§ 607 Abs. 2 BGB). Verschieden von dem erwähnten Damno ist das „Zessionsdamno“, d. i. der Unterschied zwischen dem Nominalbetrag einer Hypothek und dem bei ihrer Veräußerung erzielten Preise. N. verneint hierbei im Gegensatze zum RG. (Straff.) 25 318, 28 315, 35 112 die Frage, ob die Abtretung einer Hypothek ein Rechtsgeschäft sei, das „denselben wirtschaftlichen Zwecken“ wie ein Darlehen dienen soll, und ob daher, vorausgesetzt, daß alle anderen Tatbestandsmerkmale des strafbaren Wuchers gegeben sind, die Abtretung schon an sich (gemäß § 302 a StGB.) oder nur dann strafbar sein soll, wenn der Täter derartige Hypothekenkäufe gewerbs- oder gewohnheitsmäßig vorgenommen hat (§ 302 e StGB.). Nur dann kann eine Hypothekenzession unter den § 302 a StGB. fallen, wenn ein Darlehnsgeschäft beabsichtigt ist, aber verdeckt werden soll, z. B. wenn der Geldsucher auf seinem Grundstück eine Hypothek für seine Ehefrau eintragen läßt und diese Hypothek zu Gelde macht. Aber auch z. B. die Abtretung einer Eigentümergrundschuld wird als ein Kreditgeschäft anzusehen sein, das der Unterstellung unter § 302 a StGB. fähig ist. Vgl. auch o. bei § 247 und Ziff. II 4 zu § 607 BGB.

4. Heuer, DJZ. 04 987, gegen Ruben ebenda 597. Auch bei der Kur- und Neumärkischen Ritterschaftlichen Darlehns-Kasse richten sich die Rechtsverhältnisse der Eigentümerhypothek nicht nach Landesrecht (EGBGB. Art. 167 und AGGBO. Art. 21), sondern nach Reichsrecht.

5. Abs. 2.

a) *Hirsch, AbürgR. 25 248: Die Hypothek ist im Falle des § 1113 Abs. 2 vorläufige Eigentümerhypothek. Dies ist eine besonders geartete Eigentümerhypothek ohne Surrogationsbefugnis (vgl. oben Ziff. 1 b). Sie verleiht dem Eigentümer nur eine Anwartschaft auf Erwerb einer endgültigen

Eigentümerhypothek. Der Hypothekengläubiger hat während der Schwebezeit (bis zur Entstehung der Forderung oder bis zur endgültigen Feststellung, daß die Forderung nicht entstanden ist) eine analog § 161 BGB. gesicherte Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek zu vollem Rechte.

b) *Herold, ZBlFrG. 4 695: In den Hypotheken des § 1113 Abs. 2 BGB. ist eine gleich ihrer Forderung bedingte oder befristete eigentliche, dem Gläubiger zustehende Hypothek enthalten. Neben dieser aber und mit ihr vereint, nach außen hin fest abgegrenzt, steht eine gleichfalls, aber entgegengesetzt bedingte oder befristete, dem Besteller der Hypothek verbleibende Eigentümergrundschuld. Soll diese Grundschuld gegen die Wirkungen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 1138 BGB.) geschützt werden, so ist die Bedingung oder Befristung der Forderung und damit auch des dem Gläubiger zustehenden dinglichen Rechtes im Grundbuch erkennbar zu machen. Diesfalls bedarf es der §§ 1163, 1177 BGB. und einer auf sie gestützten Grundbuchberichtigung nicht: Das Grundbuch ist vom Eintrag ab richtig und die vorerwähnte Eigentümergrundschuld steht einer — brieflosen — Grundschuld im Sinne des § 1196 BGB rechtlich völlig gleich. ➛ Daß in dem Eintrage der Eigentümer als Mitberechtigter nicht besonders erwähnt wird, ist unwesentlich, denn seine Berechtigung ergibt sich in zweifelsfreier Weise aus dem z. Z. der Hypothekenbestellung geltenden Eigentümereintrage, mithin aus dem Grundbuch. ⟵ S. auch unten Ziff. 2 zu § 1184 und Ziff. 2 zu § 1190 BGB.

§ 1114. 1. Förster, R **04** 91, bekämpft die Entscheidung des KG. (JDR. **2** Ziff. 1b zu § 1114 BGB. — auch KGJ. **26** A 286, RJA. **4** 53, OLG. **8** 133, R. **03** 116 —), da in der Ausdehnung der bisher nur auf einem Bruchteile haftenden Hypothek auf die übrigen früheren Bruchteile nicht eine besondere Neubelastung der letzteren, sondern nur eine Belastung des ganzen Grundstücks gefunden werden könne. F. hält daher einen Eintragungsvermerk dahin: „Die Hypothek N. . . . haftet laut Eintragungsbewilligung vom . . . auf dem ganzen Grundstücke" für zulässig.

Gegen Förster LG. Meiningen, NaumbAK. **04** 61 und Falkmann, ZBlFrG. **5** 303: Das BGB kennt den Begriff der Ausdehnung einer Hypothek nicht, sondern nur der Bestellung einer solchen, die in ihrem Wesen die gleiche ist, einerlei ob es sich um die Belastung eines ganzen Grundstücks oder eines ideellen Anteils handelt.

2. a) KGJ. **28** A 111, OLG. **10** 82, RJA. **4** 253 (KG.) — vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1114 BGB. —: Aus den §§ 1095, 1106, 1114, 1192, 1199 BGB. ist der Grundsatz zu entnehmen, daß Eintragungen, welche die Wirkung haben, daß durch sie die Sicherung oder Befriedigung eines Rechtsanspruchs aus dem Grundstück im Zwangswege gewährleistet wird, auf Teilen von Grundstücken, die keine Bruchteile darstellen, unstatthaft ist, um eine Erschwerung der Buchführung und der Zwangsversteigerung möglichst zu verhindern. Vormerkungen unterliegen denselben Regeln, wie das Recht, das durch sie gesichert wird. Deshalb kann auch ein Miterbe, wie er nicht befugt ist, vor Aufhebung der Erbengemeinschaft seinen Anteil an dem Nachlaßgrundstücke mit einer Hypothek zu belasten (KGJ. **20** A 85, JDR. **1** Ziff. 5 zu § 2033 BGB.), auch nicht die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek auf seinem Anteile beantragen (Predari 72, a. M. Planck Anm. 4 zu § 1114). Jedenfalls könnte eine solche Eintragung auch nur auf Bewilligung sämtlicher Miterben erfolgen, da ihnen das Eigentum an dem Grundstücke zur gesamten Hand zusteht und ihr Recht daher von der Eintragung der Vormerkung betroffen wird (BGB. § 885). Dieser Auffassung steht der § 883 Abs. 1 Satz 2 nicht entgegen, da Voraussetzung einer jeden Eintragung im Grundbuch

ist, daß derjenige, welcher die Eintragung als der durch sie Betroffene bewilligt, bereits ein gegenwärtiges, feststehendes Recht am Grundstücke hat.

b) OLG. Dresden, ZBlFrG. 5 551: Die Eintragung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung zur Sicherung des Anspruchs auf eine Hypothek an einem Grundstücksanteil ist zulässig, auch wenn die Anteile der Miteigentümer nicht grundbuchmäßig feststehen, da durch die Eintragung der Vormerkung lediglich eine Verfügungsbeschränkung des Grundstückseigentümers herbeigeführt werden soll, während die endgültige Eintragung der Hypothek zur Voraussetzung hätte, daß zuvor das Grundstück durch einen Vermerk über die Größe des Grundstücksanteils berichtigt wird.

c) BreslAK. 04 4 (KG.): Gleichwie eine Auflassungsvormerkung für einen Teil eines Grundstücks als zulässig anzuerkennen ist (KGJ. 20 A 80, RJA. 1 158, 2 104, JDR. 1 Ziff. 2 zu § 883 BGB.), gilt dies auch von der Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Sicherungshypothek auf einem Grundstücksteile. In diesem Falle wird das ganze Grundstück vermöge der Vormerkung damit belastet, daß, wenn ein Bruchteil aus dem Rechte des Eigentümers ausgeschieden und durch Auflassung auf einen Dritten übertragen werden sollte, auf den in dieser Weise zur Sonderexistenz gelangten Bruchteil die Hypothek eingetragen werde. Danach steht § 1114 der Eintragung der Vormerkung nicht entgegen.

3. *von der Pfordten, BayNotZ. 5 220 führt aus, daß bei der Eintragung von Sicherungshypotheken für die Forderung gegen den Ersteher (§§ 112—131 ZwVG.) der § 1114 BGB. nicht unbedingt anwendbar sein könne, wenn die Sicherungshypotheken auf einem früher aus mehreren ideellen Teilen bestehenden, durch die Versteigerung aber in eine Hand gelangten Grundstück eingetragen werden müßten, und der zu sichernde Anspruch zum Ersatze für ein bisher nur auf einem Teile ruhendes Recht dienen solle. Denn er müsse den Rang des ursprünglichen, durch die Versteigerung erloschenen Rechtes erhalten, und die Wahrung des früheren Rangverhältnisses sei nur möglich, wenn die Sicherungshypotheken auf demjenigen Grundstücksteil eingetragen würden, der früher für das Recht haftete.

4. *Brand, Grundbuchsachen 185: Es ist zulässig, daß A., der zusammen mit B. als Eigentümer je der ideellen Hälfte eines Grundstücks eingetragen ist, seine ideelle Hälfte mit einer Hypothek belastet. Bei der Eintragung der Hypothek im Grundbuch ist dann natürlich zum Ausdrucke zu bringen, daß nur die ideelle Hälfte des A. verhaftet ist. Es kann dies entweder dadurch geschehen, daß in Spalte 2 (laufende Nummer der belasteten Grundstücke) neben der Nummer vermerkt wird: „zur ideellen Hälfte des A."; oder daß in Spalte 4 gesagt wird: „. . . eingetragen auf der ideellen Hälfte des A. am . . ."

§ 1115. A. Bezeichnung des Gläubigers.

1. a) KGJ. 28 A 115, RJA. 4 130, OLG. 8 313, R. 04 296, ZBlFrG. 5 81 (KG.).

Bei der Eintragung einer Hypothek ist die Angabe des Gläubigernamens nicht unter allen Umständen erforderlich, doch bildet die Angabe des Namens die Regel. Von dieser darf nur ausnahmsweise, wenn die Angabe „nicht tunlich" erscheint (vgl. preuß. Just.Min.Verf. vom 20. 11. 1899 § 4) abgewichen werden; in solchen Fällen muß aber die Ermittelung und Feststellung der Person des Gläubigers jederzeit mit Sicherheit zu erreichen sein. Lassen sich daher die Namen von Erben ohne Mühe ermitteln, so ist die Eintragung für die Erben ohne Angabe ihrer Namen unzulässig.

b) OLG. 10 72 (KG.): Zulässig ist die Eintragung für die künftigen Abkömmlinge einer dem Namen nach bestimmten Person.

c) Die Zulässigkeit der Eintragung unbekannter Erben einer bestimmten Person (vgl. JDR. 1 Ziff. 2 d) wird bejaht von OLG. 9 354, RJA. 4 256, KGJ. 28 A 288 (KG.).

2. LG. Düsseldorf, RheinNotVZ. 04 34: Zulässig ist die Eintragung einer Hypothek für die durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachte Vermögensmasse nach Bestellung eines Pflegers (BGB. § 1914).

3. Fund, R. 04 43: Unzulässig ist die Eintragung einer Sicherungshypothek als „Streitmasse zwischen A. und B.", vielmehr ist in der Eintragung zum Ausdrucke zu bringen, daß die Forderung auf A. für den Fall übertragen ist, daß der erhobene Widerspruch nicht für begründet erklärt wird, und auf B. für den entgegengesetzten Fall.

4. OLG. 9 360, PosMschr. 04 103 (KG.): Ausreichend ist die Eintragung der Hypothek einer Kommunalsparkasse auf den Namen des Kommunalverbandes mit dem Zusatze: „Sparkassenfonds". Eine Verpflichtung, als Zusatz „Sparkasse des Kreises N." einzutragen, weil die Sparkasse statutenmäßig diesen Namen führt, besteht nicht.

5. Für die Unzulässigkeit der Eintragung einer Hypothek auf die Firma eines Einzelkaufmanns auch OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. 35 77, unter Hinweis auf § 278 Satz 2 der badischen Dienstweisung für die Grundbuchämter v. 1. 5. 01.

Nach den Grundbuchverordnungen Sachsens (§ 64), Sachsen-Altenburgs (§ 57) und von Reuß j. L. (§ 28) ist eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die ein Einzelkaufmann erwirbt, auf Antrag auf dessen Firma einzutragen.

Nach Oberneck (3) I 92 entscheidet über die Frage das Landesrecht, so daß trotz entgegenstehender Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte die Vorlegung an das Reichsgericht nicht erforderlich ist.

6. a) KGJ. 28 A 81, OLG. 9 351, RJA. 4 224, ZBlFrG. 5 433 (KG.): Wird für eine Handelsgesellschaft in das Grundbuch ein Recht eingetragen, das zu dem unter der Verwaltung einer Zweigniederlassung stehenden Vermögen der Gesellschaft gehört, so ist, auch wenn die Zweigniederlassung nicht unter einer besonderen Firma (§ 50 Abs. 3 HGB.) betrieben wird, bei der Bezeichnung des Berechtigten neben der Eintragung der Firma des Hauptgeschäfts die zusätzliche Benennung der Zweigniederlassung zulässig. („Die zu Darmstadt domizilierende Aktiengesellschaft in Firma Bank f. H. u. J., Zweigniederlassung zu Berlin.") Ob die Form der Eintragung einen Rechtsanspruch auf Benachrichtigung nur der Zweigniederlassung gibt, ist hier nicht zu erörtern; es empfiehlt sich die Anzeige von der Bestellung der Zweigniederlassung als Zustellungsbevollmächtigten zu den Grundakten. (ZBG. §§ 5, 19 Abs. 2.)

b) RJA. 4 47 R. 04 115, ZBlFG. 4 456 (KG.): Unzulässig ist die Eintragung einer Hypothek für eine Aktiengesellschaft unter der Firma einer Zweigniederlassung der Gesellschaft, auch wenn die Hypothek im Betriebe der Zweigniederlassung für die Gesellschaft erworben ist.

Ebenso OLG. 10 230, BayOLG. 5 281, ZBlFrG. 5 183 (München) gegen SächsOLG. 25 156, OLG. 9 351 (Dresden) und OLG. 2 199 (KG.).

c) Vgl. ferner über die Firma im Grundbuchverkehr auch JDR. 3 zu § 17 HGB. Ziff. 4.

B. Bezeichnung der Forderung.

1. *Friedländer, Der Baukapitalsvertrag nach dem Reichsgrundbuchrechte, SeuffBl. 04 513: Wesentlich für die Entstehung der Hypothek ist auch die Eintragung des Schuldgrundes. Die Hypothek steht dem Gläubiger nur für

die aus dem eingetragenen Schuldgrund entstandene Forderung zu; eine Ausnahme ist nur dann zuzulassen, wenn falsa demonstratio vorliegt und der wirkliche Schuldgrund sich aus den der Eintragung zugrunde liegenden Urkunden ergibt.

2. OLG. 8 136 (KG.): Zur Bezeichnung der Forderung genügt nicht eine Eintragungsbewilligung, in welcher der Geldbetrag und der Zinssatz der Forderung angegeben sind, vielmehr müssen die rechtsbegründenden Tatsachen angegeben werden, welche die Ursache der Entstehung der Forderung bilden. Ein ausreichender Entstehungsgrund der Forderung ist aber dargetan, wenn in der Schuldurkunde Zahlung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig, d. h. ohne Rücksicht auf den Bestimmungsgrund für die Erklärung begründen soll. Vgl. KGJ. **22** A 308, RJA. **3** 135, JDR. **1** Ziff. 3a zu § 1115.

3. SächsOLG. **26** 46: Zur Bezeichnng der Forderung gehört es bei Darlehen des sächsischen erbländischen ritterschaftlichen Kreditvereins, daß, wenn die Rückzahlung in Pfandbriefen einer bestimmten Serie erfolgen soll, dies im Grundbuche verlautbart wird.

4. *Brand, Grundbuchsachen 188: In der Praxis wird man nicht selten Bedenken tragen, abstrakte Schuldversprechen, wie z. B. „Ich bekenne, dem A. 2000 zu verschulden", ohne Beanstandung hinzunehmen; denn in der Regel wird in solchen Fällen kein abstraktes Schuldversprechen beabsichtigt, sondern der konkrete Schuldgrund, ein Darlehen, Kauf usw. nur versehentlich nicht mit aufgenommen sein.

5. Oertmann, DJZ. **04** 334, bejaht die Zulässigkeit der Eintragungsfähigkeit der Goldklausel, indem er (im Gegensatze zu Merfeld, Gruchots Beitr. **39** 574) der Goldschuld einen höheren Grad der inhaltlichen Bestimmtheit zuerkennt. Denn erkennt das geltende Recht mehrere Währungsmünzen oder -Metalle an, so ist jede Geldschuld nicht nur eine Gattungs-, sondern dazu noch eine Wahl- (alternative) Schuld mit Wahlrecht des Schuldners. Eine oder mehrere der Münzsorten aus der Geldschuld ausschalten, heißt also, ihren Betrag bestimmter machen. Unzulässig ist allerdings die Goldklausel für den vorausgesetzten Fall, daß das Gold überhaupt aufhören würde, Währung zu sein. Denn dann wäre sie, was nach BGB. § 245 im Zweifel zu unterstellen ist, fortan auf die nunmehrigen Währungsmünzen oder aber auf ein entsprechendes Gewicht oder Wertquantum von Gold als solchem gerichtet und würde daher der genügenden Bestimmtheit entbehren und nicht mehr auf Reichswährung allein (GBO. § 28) gehen. — Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt zur Eintragung der Goldklausel nicht. Vgl. dagegen JDR. **1** Ziff. 6d zu § 1115 BGB.

Demgegenüber verbleibt Merfeld, DJZ. **04** 541, dabei, daß die Goldklausel in einer den Wünschen der Beteiligten entsprechenden Fassung nicht eintragbar sei, da bei Einführung der Doppelwährung aller Wahrscheinlichkeit nach sich zugunsten des unterschätzten Metalls ein Agio entwickeln und hiernach der Betrag der auf Gold lautenden Hypothek je nach dem Kurse schwanken würde, der Gläubiger auch bei der Zwangsversteigerung, wenn er seine Befriedigung aus dem Kaufgelde sucht, die Goldhypothek mit dem Agio in Ansatz bringen müßte.

Den Ausführungen Oertmanns ist Lesse, DJZ. **04** 731, unter Mitteilung früherer Entscheidungen beigetreten. Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 3b und **2** Ziff. 3a zu § 1115 BGB.

C. Bezeichnung des Zinssatzes.

1. KGJ. **28** A 117, OLG. **9** 310, RJA. **4** 237 (KG.): Das Wort „Zinssatz" ist gleichbedeutend mit „Zinsfuß". Man versteht darunter das Ver-

hältnis der Zinsen zu der Kapitalsumme, von welcher die Zinsen entrichtet werden, oder mit anderen Worten den Zins der Kapitaleinheit. Gewöhnlich wird diese Kapitaleinheit auf 100 angenommen, und der Zins hierfür (daher „Prozent, Perzent" gleich „für 100"), in der Regel je für die Dauer eines Jahres bestimmt, wird Zinssatz genannt. Es genügt jedoch auch, wenn die Zinsvergütung in einer solchen Weise festgesetzt und in den Eintragungsvermerk aufgenommen wird, daß sich das Verhältnis der Zinsen zum Kapital durch ein Rechenexempel bestimmen läßt, insbesondere durch Angabe einer bestimmten, fortdauernd in gewissen Zeitabschnitten zu entrichtenden Geldsumme. A. M. LG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 184.

2. KGJ. **26** A 278, RJA. **4** 38, OLG. **8** 200, ZBlFrG. **4** 456, R. **04** 88 (KG.): Für laufende Zinsen als solche allein kann eine Verkehrshypothek nicht bestellt werden.

3. OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 376: Der Zinssatz hat als eingetragen zu gelten, wenn nur der für den Verzugsfall eintretende Zinssatz (Zinsen bis zu usw.) verlautbart, im übrigen aber auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist.

4. Die JDR. **2** Ziff. 8 a. E. erwähnte Entscheidung, OLG. **8** 135, ist auch abgedruckt in KGJ. **27** A 122, RJA. **4** 42. Die ausdrückliche Aufnahme des Minimalzinssatzes neben dem Maximalzinssatz erachtet für überflüssig und deshalb nicht eintragungsbedürftig AG. Plauen, ZBlFrG. **5** 36.

5. *Brand, Grundbuchsachen 194: Soll das Kapital unverzinslich sein, so braucht dies weder in der Eintragungsbewilligung noch im Grundbuche vermerkt zu werden, da mangels eines bezüglichen Vermerkes die Unverzinslichkeit des Kapitals anzunehmen ist. Nicht selten freilich beruht die Unterlassung der Angabe der Verzinsung auf einem Versehen, das in Zweifelsfällen durch Rückfragen festzustellen ist.

D. Andere Nebenleistungen.

1. Die zu den Hypothekenzinsen vereinbarten regelmäßigen Amortisationsbeiträge werden jetzt, in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung — vgl. JDR. **1** Ziff. 5, **2** Ziff. 3bβ — auch in der Literatur nicht mehr als Neben-, sondern als Kapitalleistungen angesehen, die mit der Tilgung zur Eigentümergrundschuld werden und zu deren Eintragung die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt, vgl. Oberneck (3) I 823 und die dort angeführten Schriftsteller. Kretzschmar I 327 und DJZ. **03** 331 — JDR. **2** Ziff. 3e zu § 1163 — ist der Ansicht, daß die Eigentümerhypothek hier mit Rücksicht auf die Eigenart der Amortisationshypothek erst mit Beendigung des Schuldverhältnisses zur Entstehung gelangt, weil die Zinsen für die Dauer der Tilgungszeit von dem ganzen Kapital an den Gläubiger zu entrichten sind und daher die Forderung keine Zerlegung in den getilgten und ungetilgten Teil zuläßt. Gegen ihn Oberneck (3) I 824 Anm. 43. Vgl. dagegen DJZ. **04** 319 (OLG. Stuttgart).

2. OLG. **9** 313 (KG.): Der vom Eigentümer bewilligten Erweiterung des Inhalts eines Hypothekenrechts durch Änderung der Zins- und Rückzahlungsbedingungen im Interesse des Gläubigers kommt begrifflich der Rang des Rechtes selbst zu, dessen Bestandteil sie wird, und sie ist deshalb ohne weiteres bei der Hypothek, der sie zugehört, und mit deren Range einzutragen, wenn ein gegenteiliger Wille des Bewilligenden nicht anzunehmen ist und Rechte Dritter nicht entgegenstehen.

3. OLG. **8** 206 (KG.): Die Höhe der Nebenleistungen muß in einer bestimmten Geldsumme angegeben oder derartig beschrieben werden, daß die Berechnung auf einen Geldbetrag stattfinden kann.

4. OLG. 8 132 (KG.): Nicht eintragungsfähig ist das Recht auf Verwaltung einer Hypothek, da das BGB. keine allgemeine Regelung des Umfanges des Verwaltungsrechts gibt und, soweit die Übertragung der Verwaltung eine Verfügungsbeschränkung des Hypothekengläubigers enthält, deren Eintragung nach § 137 BGB. unzulässig wäre.

§ 1116. 1. Heine, JustizdRdsch. 3 214, erachtet den Hypothekenbrief, wenn er auch von Gesetzes wegen nicht als Wertpapier angesehen wird (vgl. § 1807 Ziff. 1 und 4 BGB.), doch als Wertträger und damit als Wertpapier im weiteren Sinne, insbes. mit Rücksicht auf die wichtige Rolle, die der Hypothekenbrief bei der Übertragung des in ihm beurkundeten Rechtes spielt. Er erachtet daher die Abänderung des § 41 GBO., soweit dadurch die Übertragung der Hypothek erschwert wird — vgl. JDR. 2 Ziff. 3 zu § 41 GBO. —, als dringend zu wünschen.

2. KGJ. 28 A 151: Die Einigung über die Erteilung eines Hypothekenbriefs enthält begrifflich die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag.

3. RG. ZBlFrG. 5 354, DJZ. 04 1138: Die bloße Verpfändung eines Hypothekenbriefs ergreift nicht nur nicht die Hypothekenforderung (§§ 1274, 1154 BGB.), sondern sie hat überhaupt keine Pfandwirkung, auch nicht hinsichtlich des Hypothekenbriefs; ein dingliches Retentionsrecht, wie es unter der Herrschaft des früheren preußischen Rechtes angenommen wurde, ist dem BGB. fremd.

4. Vgl. auch die Nachweise bei § 57 GBO.

§ 1117. OLG. 8 138 (KG.): Der Widerruf der Aushändigung des Hypothekenbriefs kann seitens des Gläubigers nur gemeinschaftlich mit dem Grundstückseigentümer und nur in gehöriger Form (vgl. § 60 GBO.) erklärt werden.

§ 1118. *Berg, Gruchots Beitr. 48 774: Der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Erstattung der durch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück entstandenen Kosten teilt nach der herrschenden Meinung die Natur des Hauptanspruchs und ist daher, wie allgemein angenommen wird, gegenüber dem für die Hauptschuld lediglich mit dem Grundstücke haftenden Eigentümer nur auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichtet. Dem ist jedoch nicht beizustimmen. Der Erstattungsanspruch ergibt sich aus § 788 ZPO., und diese Vorschrift läßt für eine auf ein bestimmtes Objekt beschränkte Haftung keinen Raum, läßt vielmehr den Schuldner für die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung persönlich, d. h. mit seinem ganzen Vermögen haften. § 1118 BGB. gewährt dem Gläubiger nur eine dingliche Sicherung seiner durch die Vollstreckung in das Grundstück entstandenen Kostenforderung.

§ 1119. KGJ. 26 A 92, OLG. 9 313 (KG.): Erweiterungen einer Hypothek teilen den Rang der Forderung, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen.

§ 1120. 1. Oberneck (3) I 759 hält seine frühere Ansicht — JDR. 1 Ziff. 5 zu § 1120 — nicht aufrecht, schließt sich vielmehr der Ansicht von Turnau-Förster I 629 an, wonach, wenn der Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke, für welche besondere Grundbuchblätter angelegt und welche verschieden belastet sind, auf ihnen ein nicht teilbares Gebäude, z. B. ein Warenhaus errichtet hat, der Realgläubiger des einen Grundstücks dieses zur Zwangsversteigerung bringen kann, ohne daß diese auf das andere Grundstück von Einfluß ist. Das über beide Grundstücke sich erstreckende Gebäude müßte geteilt werden. Von einer Anwendung des § 1134 Abs. 1 BGB. zum Schutze der Gläubiger des benachbarten Grundstücks kann nicht die Rede sein, da diese bei der Belastung des Grundstücks mit der durch das Gesetz geschaffenen Lage rechnen müssen, ebenso wie der Ersteher die tatsächlich sich ergebenden Schwierigkeiten bei Bemessung seines Gebots berücksichtigen wird. Ebenso Staudinger (2) 396.

2. RG. R. 04 224: Unter der Herrschaft des BGB. treten nur solche Sachen in die Haftung für eine bestehende Hypothek ein, die nach seinen Bestimmungen Zubehöreigenschaft haben und in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind (§ 1120). Sie bleiben unter allen Umständen verhaftet, solange sie sich auf dem Pfandgrundstücke befinden, auch wenn der Eigentümer des Pfandgrundstücks das Eigentum an ihnen gemäß § 929 BGB. auf einen anderen übertragen hat, und der Erwerber kann sich dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei, also nicht gewußt habe, daß die von ihm erworbenen Zubehörstücke für die Hypothek haften (§ 1121).

3. RG. R. 04 220, SeuffA. 59 218: Der Vorbehalt des Eigentums an einer beweglichen Sache, welche durch Einfügung in ein Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, hindert nicht, daß die Hypothek sich auch auf den Bestandteil erstreckt.

4. *Mettier, Die Pfandhaftung der Früchte einer Immobilie:

a) In rechtlicher Hinsicht macht das BGB. keinen Unterschied zwischen Früchten und Bestandteilen (zwischen partus separatus und fructus separatus), bezeichnet erstere bloß als eine besondere Art der letzteren (vgl. §§ 953—955 BGB.).

Aus dieser Gleichstellung beider Begriffe ergibt sich mit Notwendigkeit die Fortdauer der Pfandhaftung der Früchte auch nach ihrer Trennung vom Grund und Boden. Durch ihre Lostrennung treten sie nicht aus dem juristischen Verbande heraus, in welchem sie sich vordem befanden, sondern bleiben den Rechten unterworfen, welche am Sachganzen bestanden haben, nur eben mit der Maßgabe, daß sie diesen jetzt als bewegliche Sachen unterstellt sind.

b) § 1120 BGB. setzt grundsätzlich eine Haftung aller Früchte voraus, verbunden mit der Möglichkeit, eine Befreiung ihrer Mithaft herbeizuführen (§§ 1121 ff. BGB.). Einerseits absolute Pfandhaftung und andererseits volle Verfügungsfreiheit des Schuldners. Es sind dies zwei Gegensätze, die sich bei jedem Pfandrechte finden und die man allgemein dahin formuliert hat, daß der Schuldner insoweit über die verpfändete Sache frei verfügen dürfe, als dies ohne Benachteiligung des Gläubigerrechts geschehen könne. Bei Abgrenzung dieser Verfügungsfreiheit durfte der Gesetzgeber namentlich zwei Gesichtspunkte nicht außer acht lassen:

α. Die freie Verfügung muß in dem Maße gestattet sein, als es der wirtschaftliche Verkehr des Schuldners erfordert.

β. Dabei darf sie jedoch nur soweit gehen, daß dadurch die dem Gläubiger anfangs gestellte Sicherheit nicht vermindert wird.

Die Rücksichtnahme auf diese beiden Erwägungen mußte den Gesetzgeber veranlassen, die grundsätzlich ausgesprochene hypothekarische Haftung der Früchte räumlich und zeitlich zu beschränken, d. h. an gewisse Voraussetzungen eine Befreiung ihrer Haftung zu knüpfen.

5. Wie Planck 473 Anm. 2b, IDR. 1 Ziff. 11 zu § 1120 auch Kretzschmar I 333, Willenbücher 162, Oberneck (3) I 763 und *Mettier, Pfandhaftung der Früchte: Die Bestimmung des § 1120 BGB. ist nicht lediglich auf den Fall beschränkt, daß das Nutzungsrecht älter ist als die Hypothek. Wollte man sich hierbei auf die allgemeinen Grundsätze über die Rangordnung dinglicher Rechte an Grundstücken beschränken, so wäre es unverständlich, weshalb denn in diesem Falle § 1120 die getrennten Früchte eines Dritten ausnehmen will; zum mindesten wäre diese Bestimmung überflüssig, wenn sie sich nur auf die rangälteren Nutzungsrechte beziehen sollte.

6. Oberneck (3) I 763: Wenn die Erzeugnisse oder Bestandteile schon vor Begründung der Hypothek getrennt, aber noch nicht entfernt worden waren, so haften sie. Ebenso Turnau-Förster I 649 Anm. 5. A. M. IDR. **1** Ziff. 12 zu § 1120 BGB.

7. Bongartz, Die Vormerkung, vertritt die Ansicht, daß die Hypothekenvormerkung den Eigentümer des Grundstücks — im Zweifel — in der Verfügung über das Zubehör des Grundstücks beschränke.

Dagegen Kretzschmar, ZBlFrG. **5** 157.

8. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege 9, 11, 26, 88, 105, 157 f., 234 f.: Das Anteilsrecht eines landwirtschaftlichen Grundstücks an den gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücken ist ein wesentlicher und untrennbarer Bestandteil des ersteren (s. § 93) und daher den Realgläubigern mitverpfändet.

§ 1121. Unger, R. **04** 162: Zur Aufhebung der Zubehöreigenschaft ist eine dauernde Entfernung vom Grundstücke nötig. Dies trifft nicht zu, wenn eine solche beabsichtigt war, die Absicht aber wieder aufgegeben worden ist.

§ 1123. 1. Oberneck (3) I 769 — anders im IDR. **1** Ziff. 3 zu § 1123 —: Die Miet-, Pachtzinsen und wiederkehrenden Hebungen sind (als bürgerliche Früchte) dem Rechte des Hypothekengläubigers grundsätzlich unterworfen, auch soweit sie vor der Begründung des Hypothekenrechts bereits entstanden waren. Es kommt nur darauf an, daß sie noch nach der Bestellung der Hypothek zu entrichten sind, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit. Es ist auch unerheblich, ob der Eigentümer selbst oder der Eigenbesitzer oder ein im Range dem Hypothekengläubiger nachstehender Nießbraucher den Miet- oder Pachtvertrag geschlossen, und ob der Zins in Geld- oder anderen Leistungen besteht.

2. Oberneck (3) I 771: Die Beschlagnahme kann auch eintreten durch Pfändung im Wege einstweiliger Verfügung, z. B. wegen Gefährdung durch Heranziehung des belasteten Grundstücks zur Konkursmasse. Vgl. **RG. 52** 139, IDR. **2** Ziff. 2 zu §§ 1123, 1124 u. Staudinger (2) 404.

3. OLG. **8** 207 (Hamburg): Ein Hypothekengläubiger kann nicht die Mieten eines zu einer Konkursmasse gehörigen Grundstücks im Wege des Arrestes beschlagnahmen, da sich der Arrest auf die ganze Konkursmasse erstrecken würde (vgl. OLG. **7** 38), mag auch eine Vollstreckung nur in die Mieten in Aussicht genommen sein, und da ferner das bessere Recht, das ein Arrest gewährte, dem § 15 KO. widerspräche.

4. OLG. **10** 122 (Dresden): Eine wirkliche Haftung der Miet- und Pachtzinsforderung erlangt der Hypothekengläubiger erst dadurch, daß er ihre Beschlagnahme durch Zwangsverwaltung herbeiführt. Solange dies nicht der Fall ist, kann die Forderung durch Verfügungen jeder Art und auch durch Pfändung der Haftung für die Hypothek entzogen werden.

5. Sekler, Lehre von der Vormerkung 165: Die Vormerkung einer Hypothek wirkt nicht auch auf die Miet- und Pachtzinse sowie die Versicherungsforderungen über, da bei der Hypothek die Beschlagnahme ein wesentliches Moment für die Verfestigung und Lösung ist, eine solche aber bei der Vormerkung nicht in Frage kommt.

§ 1124. 1. **RG.** ZBlFrG. **4** 90: Hat der Grundstückseigentümer (oder für ihn der Konkursverwalter) Mieten eines Grundstücks eingezogen zu einer Zeit, zu der eine Beschlagnahme des Grundstücks (§ 1124) nicht bestand, so ist diese Verfügung über die Mieten wirksam, auch wenn die Beschlagnahme des Grundstücks zu Unrecht aufgehoben worden ist.

2. OLG. **8** 208, PosMschr. **04** 38 (Posen): Auch für den Bereich des § 1124 steht die im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkte Verfügung den rechtsgeschäftlichen gleich; der Hypothekengläubiger hat nach Abs. 2 nur das Recht, durch Erwirkung der Beschlagnahme die Unwirksamkeit der Pfändung für die spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr herbeizuführen. Dies scheint auch die Meinung von Schönfeld (R. **03** 573) — JDR. 2 Ziff. 3 zu §§ 1123, 1124 — zu sein; sollte er die Widerspruchsklage des Hypothekars ohne Erwirkung der Beschlagnahme zulassen wollen, so könnte ihm darin nicht gefolgt werden.

§ 1127. *Behrend, Goldschmidts Z. **55** 115: Soweit Forderungen, die der Hypothek unterliegen, selbständig versichert sind, z. B. gegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, erstreckt sich die Hypothek trotz des Wortlauts des § 1127 nicht auch auf den Versicherungsanspruch.

§ 1128. OLG. **8** 139 (Kiel): Nach den §§ 1027—1130, 1281—1290 steht dem Hypothekengläubiger bis zur Wiederherstellung des Gebäudes ein Pfandrecht an der Forderung des Grundstückseigentümers gegen die Versicherungsgesellschaft zu; diese kann daher ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers die Versicherungssumme nur an den Gläubiger und den Grundstückseigentümer gemeinschaftlich zahlen, solange das Pfandrecht dauert. Der Vorwurf der Schikane (BGB. § 226) trifft nur zu, wenn der Widerspruch des Hypothekengläubigers für diesen kein Interesse hat, dem Eigentümer dagegen erheblichen Nachteil bringt.

§ 1131. 1. BayObLG., SeuffBl. **04** 274: Bei Abtrennung eines Teilstücks von dem mit einer Hypothek belasteten Grundstücke besteht die Hypothek an den nunmehr getrennten Teilen als Gesamthypothek fort.

2. Sekler, Lehre von der Vormerkung 164: Der § 1131, der für die Hypothek Sondervorschriften gibt, leidet auf die Vormerkung keine Anwendung.

§ 1132. Abs. 2. 1. Sekler a. a. O. 26: Die Verpflichtung des Gläubigers, die Hypothek in bestimmter Weise zu verteilen, kann vorgemerkt werden. Ebenso SächsOLG. **23** 128.

2. Oberneck (3) I 879: Ist die Verteilungserklärung und das hierdurch kraft Gesetzes herbeigeführte Erlöschen der überschüssigen Beträge (§ 1175 Abs. 1 Satz 2) im Grundbuch eingetragen, so ist, auch wenn bei der bisherigen vollen Hypothek Löschungen nicht eingetragen sind, eine Grundbuchberichtigung ausgeschlossen, da das Grundbuch die veränderte Rechtslage klar und deutlich wiedergibt, nämlich Auskunft gibt über die Entlassung des mitverhafteten Grundstücks aus der Mithaft, über die Umwandlung der Gesamthypothek in eine Einzelhypothek und bei einer Briefhypothek über die Bildung des neuen Briefes.

§ 1133. 1. Oberneck (3) I 916, 918: Hat der Gläubiger die tatsächliche Einwirkung (z. B. einen geplanten und in Angriff genommenen Neubau) genehmigt, so ist § 1133 unanwendbar. Vgl. Ob.Trib. **76** 117.

2. Dennler, SeuffBl. **04** 194, erachtet die Schutzbestimmungen der §§ 1133, 1134 nicht für ausreichend für den Fall, daß der Hypothekengläubiger keine Kenntnis von den gefährdenden Handlungen hat, und hält es daher für angezeigt, daß die Verwaltungsbehörden, soweit sie die Vornahme dieser Handlungen (z. B. Neubauten oder Waldrodungen) genehmigen müssen, die Gläubiger durch Vermittelung des Grundbuchamts in Kenntnis setzen.

§ 1134. 1. OLG. **10** 123, SchlHolstAnz. **04** 22, SeuffA. **59** 457 (Kiel): Der Anspruch des Gläubigers aus § 1134 ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, welche besorgen lassen, daß der Eigentümer (z. B. durch Verkauf des Inventars) das Grundstück verschlechtern und dadurch die Hypothek gefährden werde.

2. a) OLG. **8** 6, PosMschr. **04** 6 (Posen): Eine Gefährdung des Gläubigers (§ 1134 Abs. 2) kann daraus folgen, daß der Eigentümer die er=

forderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt, insbesondere es verabsäumt, die Baulichkeiten gegen Feuersgefahr zu versichern. Als Schutzmittel kommt die Anordnung der Zwangsverwaltung gemäß §§ 935 ff. ZPO. in Betracht.

b) OLG. Braunschweig, R. **04** 167: Ist ein Grundstück von dem Eigentümer aufgegeben (§ 928), so kann wegen der darin liegenden Gefährdung des hypothekarischen Rechtes der Hypothekengläubiger gegen den nach § 58 ZPO. für das Grundstück bestellten Vertreter beantragen, daß im Wege der einstweiligen Verfügung die Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet und ein Zwangsverwalter bestellt werde.

c) Heinze, ZBlFrG. **4** 402, hält die Anordnung einer Zwangsverwaltung auf Grund einstweiliger Verfügung nicht für zulässig, da die Zwangsverwaltung allein dazu bestimmt sei, zur Befriedigung wegen einer Geldforderung zu dienen. A. M. Kretzschmar, ZBlFrG. **4** 446.

3. BayObLG. R. **04** 603: Im Falle einer auf Vernachlässigung oder Verschlechterung des verpfändeten Grundstücks durch den Eigentümer beruhenden Wertminderung kann der Hypothekengläubiger durch Klage oder Erwirkung einer einstweiligen Verfügung neben sofortiger Befriedigung auch Abstellung des schädigenden Verhaltens begehren. Das Recht des Gläubigers auf eine gerichtliche Anordnung, durch die dem schädigenden Verhalten des Eigentümers Einhalt getan wird, setzt nicht voraus, daß schon eine die Sicherheit der Hypothek beeinträchtigende Minderung des Wertes des Grundstücks eingetreten ist, sondern es genügt, daß Grund zu der Besorgnis besteht, das Verhalten des Eigentümers werde, wenn ihm nicht Einhalt getan wird, zu einer solchen Wertminderung führen.

4. OLG. Breslau, BreslAK. **04** 44: Der § 1134 gewährt dem Hypothekengläubiger nur Schutz gegen noch bestehende Einwirkungen Dritter auf das Pfandstück und berechtigt außerdem nur zur Klage auf Unterlassung. Eine analoge Anwendung der die Beseitigung von Beeinträchtigungen bezweckenden negatorischen Eigentumsklage (BGB. § 1004) aber ist für das Immobiliarpfandrecht (vgl. § 1227 BGB.) nirgends gesetzlich vorgeschrieben und erscheint mit Rücksicht auf die verschiedene Natur beider Pfandrechte unzulässig.

5. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 35, SeuffA. **59** 191, JW. **04** 93: Die §§ 1134, 1135 über die Rechte des Hypothekengläubigers im Falle einer die Sicherheit der Hypothek gefährdenden Verschlechterung des Grundstücks finden auch auf den Gläubiger einer auf einem Rentengute haftenden Rentengutsrente Anwendung, mag man sie als Rentenschuld (§ 1199) oder als Rentenlast (§ 1107) ansehen. Daß die §§ 1134, 1135 auch zur Sicherung der Hypothekenzinsen bestimmt sind, folgt aus § 1118 und ist in den Motiven (3, 674 zu § 1074 I. Entw.) anerkannt.

§ 1138. **RG.** **57** 321, JW. **04** 142: Die nach §§ 1138, 891 BGB. gegebene Vermutung der Richtigkeit des eingetragenen Schuldgrundes entbindet den einen Hypothekeneintrag verfolgenden Gläubiger von der Beweispflicht nicht, wenn er zugestehen muß, daß der eingetragene Schuldgrund in Wirklichkeit nicht zutrifft. Will jedoch der Schuldner aus der Unrichtigkeit des eingetragenen Schuldgrundes Rechte für sich ableiten, so ist er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beweispflichtig. Vgl. JW. **02** 421.

§ 1141. Schneider, R. **04** 592: Ist die Stundung oder zeitliche Unkündbarkeit der Forderung durch die Nichtveräußerung des Pfandgrundstücks bedingt, so wird man annehmen müssen, daß schon der Abschluß eines Eigentumsübertragungsvertrags nach § 313 BGB., selbst ohne Besitzübertragung, den Eintritt der Bedingung bewirkt und daß Auflassung nicht dazu zu kommen braucht. —

Auch weitgehende Einschränkungen des Eigentumsrechts durch Nießbraucheinräumung, allgemeine Vermietung oder Verpachtung u. dergl. werden unter Umständen in Anwendung des § 162 BGB. als Handlungen zu betrachten sein, die den Eintritt der Bedingung begründen. Der im Erbgang erfolgte Eigentumsübergang kann nicht als Veräußerungsfall gelten. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 609 BGB.

§ 1142. OLG. **10** 123 (Hamburg): Der Gläubiger ist, wenn ihm der Betrag der Hypothek angeboten wird, nicht berechtigt, die Erteilung der Löschungsbewilligung davon abhängig zu machen, daß er zunächst wegen nicht miteingetragener Zinsansprüche und Nebenleistungen befriedigt werde.

§ 1143. KGJ. **27** A 278: Befriedigt der Grundstückseigentümer den Hypothekengläubiger, so erlischt die persönliche Forderung nur entweder, wenn der Eigentümer selbst zugleich der persönliche Schuldner ist oder wenn er nicht in seiner Eigenschaft als Eigentümer, sondern auf Grund seiner Verpflichtung, den Schuldner vor seiner Schuld zu befreien, zahlt.

§ 1144. Wie IDR. **2** Ziff. 3 zu § 1144 (Eintragung der Verpflichtung zur Abtretung einer Hypothek) auch Willenbücher 189 und Predari 300, dieser mit folgender Begründung: Rechtlich läßt sich jene Abrede dahin auslegen, daß der Gläubiger gegenüber dem Eigentümer sich verpflichtet, seine Befriedigung auch von einem Dritten, Nichtablösungsberechtigten (vgl. §§ 268, 1150 BGB.) anzunehmen und diesem die Forderung mit der Hypothek abzutreten. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung bedeutet eine Beschränkung der Rechte des Hypothekengläubigers, ein besonderes Rechtsverhältnis, das den Eigentümer berechtigt, der ohne Rücksicht auf diese Beschränkung erfolgenden Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen, das also eine Einrede nach Maßgabe des § 1157 BGB. erzeugt. Hierbei erhält der Gläubiger seine Befriedigung von dem Dritten, auch wenn der Eigentümer zahlt, anderenfalls würde die Forderung erlöschen und die Eigentümerhypothek unvermeidlich sein. Vgl. noch Kindel in der Festgabe für Koch 81 Anm. 1 und Oberneck (3) I 817, welcher folgende Fassung der Vertragsabrede vorschlägt: „Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von ihm zu benennenden unbeteiligten Dritten gegen Empfang des von diesem in eigenem Namen zu leistenden Betrags, für welchen das Grundstück haftet, abzutreten." Würde der Geldgeber für den persönlich verpflichteten Eigentümer zahlen, so könnte Gegenstand der Abtretung nur die Eigentümergrundschuld sein, womit dem Geldgeber wenig gedient wäre, da es ihm darauf ankommt, jene befriedigte Post als Hypothek für das von ihm gewährte Darlehen zu erhalten. Es bedürfte dann erst des Umwegs über die Eigentümergrundschuld und Rückverwandlung dieser in eine Hypothek zugunsten des neuen Darlehensgebers.

§ 1147. 1. OLG. Posen, PosMschr. **04** 102, R. **04** 529: Der Eigentümer darf sich gegenüber der fälligen Hypothekenforderung nicht völlig passiv verhalten, muß vielmehr dazu mitwirken, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel erhält, durch den er seine Befriedigung aus dem Grundstücke herbeiführen kann.

2. **RG. 56** 322, JW. **04** 144: Die Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt nur im Wege der Zwangsvollstreckung, nicht also, wenn der Gläubiger aus Kauf- oder Versicherungsgeldern befriedigt wird.

3. Oberneck (3) I 922: Der vorgemerkte Hypothekengläubiger kann sein vorgemerktes Recht nur gegen den ursprünglichen Schuldner verfolgen, nicht aber gegen den als Eigentümer eingetragenen Dritten.

§ 1152. OLG. **9** 314 (Hamburg): Wird ein Teil einer Briefhypothek abgetreten, so bedarf es nicht vorheriger Herstellung und Übergabe eines Teilhypothekenbriefs, vielmehr genügt die Übergabe des Stammbriefs, da hierdurch

dem Erwerber der Mitbesitz am Briefe gewährt wird. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1152 u. Willenbücher 196.

§ 1153. OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 718, SächsOLG. **26** 150: Die Abtretung einer Hypothek kann auch zu Sicherungszwecken erfolgen.

§ 1154. 1. Freudenthal, JW. **04** 603: Auf den Eigentümer, der eine Hypothek als Eigentümergrundschuld erwirbt, findet § 1154 nicht Anwendung; er hat ein materielles Recht außerhalb des Grundbuchs, ohne Besitz des Briefes. Für die Übertragung dieses Rechtes durch Rechtsgeschäft sind Sondervorschriften nicht gegeben, ebensowenig für die Pfändung. Für die Übertragung greift infolgedessen der § 413 BGB. ein. Um diese herbeizuführen, genügt der Abtretungsvertrag. Für die Pfändung ist, da es an einem Drittschuldner fehlt (§ 857 Abs. 2 ZPO.), die Zustellung des Veräußerungsverbots an den Eigentümer genügend. Der neue Gläubiger hat sodann, da die wahre Rechtslage mit der im Grundbuche vermerkten im Widerspruche steht, einen Anspruch auf Berichtigung. Für die Herstellung des Teilhypothekenbriefs gibt ihm § 1145 die Mittel.

2. RG. **55** 378, **56** 13: Wie zur Übertragung einer Hypothek, über welche die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, durch Abtretung die Eintragung der Abtretung im Grundbuch erforderlich ist, so auch zur Übertragung der Hypothek durch Pfändung und Überweisung (ZPO. § 830 Abs. 1 Satz 3). Dies gilt auch von der Pfändung und Überweisung einer Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld (ZPO. § 857 Abs. 6). A. M. Gaupp-Stein und Petersen-Anger zu § 857 ZPO.

3. Wegen des Erfordernisses der genauen Bezeichnung der abzutretenden Hypothek (OLG. **9** 330) s. Ziff. 3a zu §§ 13 ff. GBO.

§ 1155. 1. Oberneck (3) I 789: Liegen die drei Rechtsakte der schriftlichen Abtretungserklärung, der Beglaubigung dieser und der Übergabe des Briefes vor, dann entscheidet für den guten Glauben des Briefbesitzers in Ansehung seiner Berechtigung, wie ein eingetragener Gläubiger verfügen zu dürfen, der Zeitpunkt des zuletzt vorgenommenen Rechtsaktes. Dagegen kommt nicht die Sonderbestimmung des § 1155, sondern die allgemeine Regel des § 892 zur Anwendung, wenn nur der objektive Bestand der Hypothek und der Forderung in Betracht gezogen wird. Maßgebend ist für diesen Fall der Erwerb der Hypothek durch Übergabe des Briefes und Erteilung der gewöhnlichen schriftlichen Abtretungserklärung, auch wenn sie nicht beglaubigt ist. Vgl. Schweitzer, GruchotsBeitr. **45** 575 und Willenbücher 202.

2. Oberneck (3) I 790: Da, wo die Beglaubigung der Abtretung fehlt, schneidet der gutgläubige Erwerb in bezug auf die Verfügungsfähigkeit der Vormänner ab. Gegen den Erwerber kann aber nicht die Einrede der Stundung geltend gemacht werden, da durch die Stundung das Verfügungsrecht des Gläubigers an sich nicht aufgehoben wird. (Fischer, AbürgR. **14** 274.)

§ 1156. OLG. **10** 124 (Königsberg): Der § 1156 bezieht sich nicht auf diejenigen Einwendungen, die zur Zeit der Übertragung der Forderung bereits begründet waren und über die sich der § 404 BGB. verhält. Gleichwohl ist dem dinglichen Anspruche des Hypothekars ein weitgehender Schutz durch das Öffentlichkeitsprinzip des § 892 und seine Erstreckung mittels des § 1138 BGB. gewährt worden.

§ 1159. Tafel, WürttZ. **46** 97: Die Abtretung rückständiger Hypothekenzinsen kann im Grundbuche nicht eingetragen werden, da ein Bedürfnis für eine solche Eintragung nicht vorliegt und überhaupt das Grundbuch über die einzelnen Raten, in denen die Zinsen zu entrichten sind, nur möglicherweise, keineswegs aber grundsätzlich und obligatorisch Auskunft gibt. Deshalb ist

auch die gebräuchliche Form: „abgetreten nebst Zins" nicht richtig, weil sie, soweit es sich um den laufenden Zinsanspruch handelt, etwas Selbstverständliches enthält und, soweit sich der Vermerk auf rückständige Zinsen bezieht, geradezu unzulässig ist. Vgl. auch WürttZ. **44** 295 und Natter, WürttZ. **46** 263, welcher darauf hinweist, daß Zinsrückstände nur so lange, als sie nicht verjährt sind, mit Erfolg in Anspruch genommen werden können (§ 223 Abs. 3 BGB.).

§ 1160. 1. RG. **57** 342, JW. **04** 339, ZBlFrG. **5** 19, tritt der Entsch. des KG. (RJA. **1** 34) — JDR. **1** Ziff. 2 a. E. zu § 1160 BGB. — im Ergebnisse, wenn auch nicht in Billigung der Begründung bei, wonach ein Verzicht des Gläubigers auf die aus § 1160 Abs. 2 BGB. für ihn sich ergebenden Rechte als zulässig und eintragungsfähig erachtet wird. Die Zulässigkeit des Verzichts wird daraus gefolgert, daß dem Eigentümer trotz des Verzichts der Schutz des § 1144 BGB. zur Seite steht, und die Eintragungsfähigkeit daraus, daß der Verzicht als eine besondere Festsetzung der Kündigungsbedingungen (BGB. § 1115 Abs. 1) angesehen wird, indem es der freien Vereinbarung der Beteiligten überlassen ist, die Kündigung und Mahnung so zu regeln, daß der Eigentümer nicht befugt sein soll, die Kündigung oder Mahnung als unwirksam zurückzuweisen, wenn auf sein Verlangen der Gläubiger nicht unverzüglich den Hypothekenbrief und die sonstigen Urkunden vorlegt. Vgl. Rospatt, JW. **00** 598, Scheleke, RheinNotZ. **01** 132 und Kretzschmar, Einf. I 277. A. M. LG. Leipzig, ZBl. FrG. **1** 696.

2. *Kretzschmar, ZBlFrG. **5** 12: Die dem Eigentümer nach § 1160 Abs. 1, 2 BGB. zustehende Befugnis, bei der Geltendmachung der Briefhypothek und so insbesondere auch schon bei der Mahnung und der Kündigung vom Gläubiger die Vorlegung des Briefes und der sonstigen zur Legitimation des Gläubigers erforderlichen Urkunden zu verlangen, ist eine notwendige Folge der vom Gesetze bestimmten Verbindung des Rechtes mit dem Briefe. Da zufolge dieser Verbindung der Eigentümer sich nur durch Vorlegung des Briefes und der Urkunden Gewißheit über das Recht der als Gläubiger auftretenden Person verschaffen kann, dürfte der Verzicht auf die Vorlegung des Briefes und der Urkunden sogar der obligatorischen Wirksamkeit entbehren (§ 138 Abs. 1 BGB.). Und jedenfalls kann ein solcher Verzicht als eine mit dem Wesen der Briefhypothek unvereinbare Bestimmung nicht in das Grundbuch eingetragen und dadurch zur dinglichen Wirksamkeit gebracht werden. Die Vorschrift des § 1115 Abs. 1 BGB., die das RG. **57** 342 für die gegenteilige Meinung anführt, betrifft lediglich die Frage, was bei der Eintragung einer Hypothek im Grundbuche selbst angegeben werden muß und was andererseits durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden kann.

Dagegen Oberneck (3) I 925, Staudinger (2) 463.

§ 1163. 1. Über Begriff und Wesen der Eigentümerhypothek vgl. oben Ziff. 1 zu § 1113.

2. Welchem Eigentümer steht die Hypothek zu?

a) Die Entscheidung des OLG. Posen (JDR. **2** Ziff. 3d zu § 1163) ist auch abgedruckt OLG. **8** 7.

b) KGJ. **28** A 133: Der eingetragene Eigentümer wird mit dem Eintritte der Voraussetzungen, unter denen nach dem BGB. die Eigentümerhypothek oder -grundschuld entsteht, von selbst Eigentümerhypothekar, und er behält bei Veräußerung des Grundstücks, soweit nicht besondere Vereinbarungen mit dem Erwerber getroffen sind, auch weiterhin in vollem Umfange sein Gläubigerrecht und ist, wiewohl er nicht vorher Eigentümer ist, doch auch fernerhin als eingetragener Hypothekar anzusehen (KGJ. **26** A 303, Turnau-Förster

Anm. 3 zu § 1143, Planck Anm. 4d zu § 1163, **RG. 5** 307 und Gruchots Beitr. **38** 1088).

c) KGJ. **28** A 139, OLG. **9** 318, RJA. **4** 243 (KG.): Unhaltbar ist die Auffassung, daß der Grundstückseigentümer über eine Hypothek auch schon vor deren Erlöschen kraft des ihm daran bedingt oder betagt zustehenden Grundschuldrechts verfügen könne. Unterstellt man, daß der Grundstückseigentümer einen (potestativ) bedingten Anspruch auf die Hypothek hat, so bleibt doch zu beachten, daß die Hypothek selbst erst mit dem Eintritte der Bedingung erworben wird. Darin beruht der Unterschied zwischen einer bedingten Hypothek und der unbedingten Hypothek für eine bedingte Forderung (Willenbücher Anm. 5, Turnau-Förster Anm. 6). Im letzteren Falle kann die Hypothek unmittelbar sofort Gegenstand der Verfügung sein, im ersteren Falle dagegen wird die Hypothek selbst erst nach ihrem Erwerbe zum Gegenstande der Verfügung. Deshalb bedarf es zur Eintragung des Vorranges vor den getilgten Teilen einer vorhergehenden Hypothek, solange eine Tilgung noch nicht erfolgt ist, nicht schon der Bewilligung des Eigentümers als zukünftigen Eigentümerhypothekars, sondern es ist die Bewilligung des vorhergehenden Hypothekengläubigers erforderlich, wobei dessen Hypothekenbrief vorzulegen ist (§ 42 GBO.).

d) KGJ. **28** A 122, OLG. **9** 315, RJA. **4** 233 (KG.): Befriedigt der Käufer eines Grundstücks einen Hypothekengläubiger in der Zwischenzeit vor der vor dem Grundbuchamte durch den Verkäufer erteilten Auflassung bis zu seiner Eigentumseintragung, so erwirbt nicht der Verkäufer die Hypothek als Eigentümerhypothek, sondern der Käufer erlangt sie im Augenblicke der Eintragung seines Eigentums. Die Verkäufer haben durch Erteilung der Auflassung vor dem Grundbuchamt alles getan, um sich ihres Eigentums zu begeben und es auf den Käufer zu übertragen. Die Verfügungsbefugnisse und Erwerbsberechtigungen, die ihnen bisher zustanden, sind durch die Auflassung dem Käufer mit dem Vorbehalt übertragen, daß demnächst seine Eigentumseintragung erfolgt. Kommt es zu dieser Eintragung, so erlangt der Käufer die Eigentumsrechte mit Rückwirkung vom Zeitpunkte der Auflassung an. Dagegen Zschoche, ZBlFrG. **5** 814.

e) *Friedländer, SeuffBl. **04** 513: Eine Buchhypothek für ein Darlehen, dessen Valuta erst nach der Eintragung allmählich ausbezahlt wird, steht schon vor der Valutierung bedingt dem Gläubiger zu; mit Auszahlung der Valuta wird dieser Erwerb ein unbedingter. Die Grundsätze, welche das Reichsgericht bezüglich der Höchstbetragshypotheken (**51** 115) — JDR. **2** Ziff. 1 zu § 1190 — aufgestellt hat, gelten daher auch für den oben erwähnten Fall bei der Verkehrshypothek.

f) Abs. 2. *Hirsch, AbürgR. **25** 248: Die Briefhypothek ist bis zur Übergabe des Briefes oder bis zur endgültigen Feststellung, daß der Brief nicht übergeben werden wird, vorläufige Eigentümerhypothek (vgl. Ziff. 5a zu § 1113 Abs. 2).

3. Die Streitfrage, ob bei Mangelhaftigkeit der dinglichen Einigung eine Eigentümergrundschuld entsteht — JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1196 —, wird in Übereinstimmung mit dem KG. — JDR. 2 Ziff. 5c, auch abgedruckt KGJ. **27** A 128, RJA. **4** 118, R. **04** 167 — von der herrschenden Ansicht verneint. So u. a. Staudinger (2) 467, Hirsch, AbürgR. **25** 239 und Predari, Buschs Z. **33** 403 gegen Dernburg III 218, nach dessen Meinung auch die nichtige Hypothek im Gegensatze zu der Hypothek, bei der es nur an der Voraussetzung der Forderung fehlt, Gegenstand der Eigentümergrundschuld sein kann. Oberneck (3) I 664 bekämpft mit ausführlicher Begründung die Meinung des KG., da die Eigentümerhypothek nicht als materiell-rechtliche Nachfolge in die Hypothek, sondern als verselbständigter Bestandteil des Eigentums in Ansehung

des Verwertungsrechts anzusehen sei, und verneint die Entstehung einer Eigentümergrundschuld nur für den Fall einer zufälligen, etwa auf einem Versehen des Grundbuchbeamten beruhenden Eintragung. Übereinstimmend Willenbücher 210, Bruck, Eigentümerhypothek 165, Kindel, Festgabe für Koch 101 unter Hinweis auf § 868 ZPO., Herold, ZBlFrG. **5** 699 Anm. *; gegen Oberneck aber Predari, ZBlFrG. **5** 510.

5. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung.

a) Wie **RG. 55** 217 — JDR. **2** Ziff. 5a zu § 1163 BGB. — auch OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 462 und **5** 373 (Sicherungshypothek).

b) OLG. **8** 141 (KG.): Eine Quittung ohne Angabe des Zahlers genügt nicht zum Nachweise der Entstehung einer Eigentümergrundschuld, da aus der Quittung nicht erhellt, ob die Forderung erloschen oder ein Anderer Gläubiger geworden ist. Vgl. JDR. **2** Ziff. 5b zu § 1163.

c) KGJ. **28** A 133: Die Entstehung der Eigentümergrundschuld ist urkundlich nachzuweisen.

d) **RG. 56** 327: Geht eine Hypothek nach § 1163 kraft Gesetzes auf den Eigentümer über, so ist der frühere Hypothekengläubiger nur verpflichtet, den Eigentümer durch Ausstellung einer den Anforderungen des § 29 GBO. entsprechenden Quittung in den Stand zu setzen, die erforderlich gewordene Berichtigung des Grundbuchs selber beantragen zu können. Eine Löschungsbewilligung kann nicht verlangt, aber freiwillig erteilt werden.

e) **RG. 51** 115, **56** 14: Derjenige Teil einer Hypothek, welcher nach § 1163 Abs. 1 BGB. dem Eigentümer zusteht, kann gleich bedingten und betagten Forderungen durch die Gläubiger des Eigentümers schon im voraus gepfändet werden, wenn auch der zu pfändende Teil noch nicht feststeht.

f) **RG. 56** 185: Zur Pfändung einer Eigentümer-Briefgrundschuld ist die Aushändigung des Briefes oder dessen Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher notwendig.

6. Über die Pfändung der Eigentümerhypothek s. JDR. **1** Ziff 6 zu § 857 ZPO., Bruck, Eigentümerhypothek 235, Landsberg, PosMschr. **04** 149.

Vgl. auch Ziff. 9 zu § 883 BGB. (Vormerkungen als Gegenstand der Eigentümergrundschuld?).

§ 1164. 1. Willenbücher 213 nimmt in Übereinstimmung mit Turnau-Förster I 753 und Kretzschmar I 329, 381 an, daß der ersatzberechtigte Schuldner nur die Hypothek erwirbt, welche sich in eine Grundschuld umwandelt, da die Forderung des Gläubigers getilgt ist (§ 362 BGB.) und eine Bestimmung, daß ihm eine Hypothek für seinen Ersatzanspruch gewährt werde, nicht ergangen sei. Dagegen nehmen Oberneck (3) I 828, Hachenburg, Vorträge 572, Biermann, Planck, Männer, Staudinger (2) 474 an, daß die Ersatzforderung des Schuldners an die Stelle der bisherigen Forderung tritt. Fuchs I 531 läßt den Übergang der bisherigen Forderung auf den persönlichen Schuldner zu.

2. OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 321: Hat sich der Grundstückseigentümer beim Verkaufe des Grundstücks dem Käufer gegenüber verpflichtet, eine auf dem Grundstück eingetragene Hypothek löschen zu lassen, und ist diese Verpflichtung durch Erbgang auf den Hypothekengläubiger übergegangen, so erwirbt der Käufer, selbst wenn er den Anspruch des Verkäufers gegen den Hypothekengläubiger auf Löschung der Hypothek abgetreten erhalten hat, nicht ohne weiteres die Hypothek als Eigentümerhypothek, sondern nach § 1169 BGB. nur eine Einrede, durch die die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird und die deshalb das Verlangen des Verzichts auf die Hypothek rechtfertigt.

§ 1165. 1. **RG. 58** 427, JW. **04** 555: Der § 1165 findet nicht nur Anwendung, wenn der im § 1164 vorausgesetzte Tatbestand vorliegt, daß die

Hypothek noch besteht und dem Schuldner als Ersatz dienen kann, sondern auch dann, wenn bei der Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners die Hypothek infolge Ausfalls bei der Zwangsversteigerung erloschen ist. Durch die Erwähnung des § 1164 im § 1165 soll das Freiwerden des Schuldners nicht an die Voraussetzung gebunden werden, daß die Hypothek noch auf den Schuldner übergehen kann, sondern der § 1164 wird nur angezogen, um zu bestimmen, nach welchem Maßstabe das Freiwerden des Schuldners zu bemessen ist. Hat sich eine Wertminderung der Hypothek bereits dadurch herausgestellt, daß sie bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks ganz oder zum Teil ausgefallen ist, so ist der Schuldner, falls der Gläubiger durch seine Verfügung die Entwertung der Hypothek verursacht hat, insoweit frei geworden, als er ohne diese Verfügung nach § 1164 aus der Hypothek würde Ersatz verlangen können, wenn sie noch bestände.

Unter „Verzicht auf die Hypothek" ist hier, wie in den §§ 1168, 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB., in demselben Sinne verstanden, daß der Gläubiger durch eine Erklärung, also durch ein positives Handeln, die Enthaftung des Pfandgrundstücks herbeigeführt hat. Ein solcher Verzicht kann daher nicht darin gefunden werden, daß der Gläubiger die Veräußerung und Wegschaffung des Inventars vom Grundstücke durch den Grundstückseigentümer nicht verhindert oder genehmigt hat. Lediglich ein solches Gestatten ist auch noch kein Verstoß gegen Treu und Glauben, solange nicht besondere Umstände hinzutreten, die die Absicht des Gläubigers erkennen lassen, durch sein Verhalten absichtlich die rechtliche und wirtschaftliche Lage seines Schuldners zu beeinträchtigen. S. auch o. zu § 242 Ziff. 2d γ Abs. 2.

2. SächsOLG. **26** 72: Im Falle des § 1165 kommt der persönliche Schuldner seiner Beweispflicht nach, wenn er beweist, daß er aus der Hypothek nach § 1164 hätte Ersatz erlangen können, wenn der Hypothekengläubiger ihm nicht durch seinen Pfandrechtsverzicht die Möglichkeit dazu entzogen hätte. Der Hypothekengläubiger kann hiergegen nicht einwenden, daß der persönliche Schuldner trotz seines Verzichts nach § 1164 Ersatz aus der Hypothek nicht hätte erlangen können, da der derzeitige Grundstückseigentümer die Ersatzforderung durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht habe. Ob und wie sich der derzeitige Grundstückseigentümer gegen das dingliche Recht des persönlichen Schuldners hätte verteidigen können, steht außerhalb des Rechtskreises des Gläubigers und des persönlichen Schuldners.

§ 1166. 1. OLG. **8** 145, R. **04** 193, 224 (Marienwerder): Wenn § 1166 von dem Gläubiger, der die Zwangsversteigerung betreibt, spricht, so meint er auch den Gläubiger, dessen Beitritt für zulässig erklärt ist; denn dieser hat nach § 27 ZVG. dieselben Rechte, wie der betreibende Gläubiger.

Nach ihrem Wortlaute findet die Vorschrift des § 1166 (anders nach § 1164) dann keine Anwendung, wenn der Schuldner zwar nicht von dem Eigentümer des Pfandgrundstücks, wohl aber von dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann. Indessen spricht die Gleichheit des Grundes für eine entsprechende Anwendung des § 1164.

2. **RG.** R. **04** 631: Entspricht das bei der Zwangsversteigerung erzielte Meistgebot dem wirklichen Werte des versteigerten Pfandgrundstücks, so kann der persönliche Schuldner Schadensansprüche gegen den betreibenden Gläubiger, weil dieser ihn von der Zwangsversteigerung nicht benachrichtigt habe, nicht herleiten.

§ 1168. 1. Oberneck (3) I 671 bekämpft die Entsch. des **RG. 55** 260, IDR. **2** Ziff. 2 zu § 1168, als formalistisch und als im Widerspruche mit **RG. 55** 223 stehend; vielmehr hat nach seiner Meinung der Verzicht des Hypotheken-

gläubigers auf die Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse keine andere Bedeutung, als der Verzicht auf die Hypothek selbst.

2. Sekler, Lehre von der Vormerkung 33: Im Falle des § 1168 erfolgen die Rechtsänderungen, mögen sie auch ein Rechtsgeschäft zur Voraussetzung haben, kraft Gesetzes und können daher durch Vormerkung nicht gesichert werden. A. M. Turnau-Förster, Biermann, Schilde, Oberneck.

3. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 266: Ein formloser Vertrag, in dem sich der Gläubiger verpflichtet, eine Verzichtserklärung nach § 1168 abzugeben, ist unwirksam.

§ 1169. 1. Oberneck (3) I 674: Der § 1169 gewährt dem Eigentümer einen durch Vormerkung zu sichernden Anspruch auf Änderung der Gläubigerhypothek durch Abgabe der Verzichtserklärung (vgl. auch §§ 894, 895 ZPO.), da das Recht des Gläubigers an sich besteht und nur durch das Gegenrecht auf Änderung der Gläubigerhypothek zum Zwecke der Umwandlung in eine Eigentümergrundschuld zerstört werden soll. Vgl. Biermann 379, W. u. V. 141 u. Staudinger (2) 480; a. M. Fuchs I 540c, der den Widerspruch zuläßt. Erst nach der Eintragung des Verzichts sind die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung gegeben und kann das Recht des Eigentümers durch Widerspruch gesichert werden.

2. Die Einrede kann aus dem der Hypothek zugrunde liegenden Schuldverhältnis oder aus der dinglichen Belastung selbst entnommen sein: so die Einrede der rechtskräftigen Abweisung der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung, die Einrede, daß die Hypothek ohne rechtlichen Grund bestellt sei oder bestehe (§§ 812 ff.) oder der Gläubiger sich verpflichtet habe, die Hypothek dauernd geltend zu machen, die Einrede der Wandelung oder Minderung eines Kaufes. Dagegen scheiden aus die Einrede der Verjährung (§ 223) und die der beschränkten Erbenhaftung (§ 1137), weil sie dem dinglichen Anspruche des Hypothekengläubigers nicht entgegengehalten werden dürfen, sowie alle dilatorischen Einreden, z. B. die der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags. Oberneck (3) I 674; Bruck, Eigentümerhypothek 190, Willenbücher 216, Staudinger (2) 480.

3. KG., PosMschr. **04** 126: Eine unter einer auflösenden Bedingung bestellte Hypothek endigt von selbst mit dem Eintritte der Bedingung. Eine solche Bedingung ist in der (deshalb eintragungsfähigen) Bestimmung zu finden, daß im Falle der Grundstücksveräußerung die Hypothek ohne Zustimmung des Gläubigers auf Grund der Löschungsbewilligung des Eigentümers zu löschen ist. Diese Bestimmung enthält eine Einrede im Sinne des § 1169 BGB., deren Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, um sie auch dritten Erwerbern der Hypothek gegenüber geltend machen zu können.

§ 1170. LG. Lyck, PosMschr. **04** 106: Die Aufgebotsvoraussetzung des § 1170, daß der Gläubiger unbekannt sei, ist auch dann gegeben, wenn er sein Recht nicht in einer zur Eintragung genügenden Weise darzutun vermag (Planck Anm. 2a zu § 1170), nicht aber dann, wenn nur der Aufenthaltsort des im übrigen der Person nach bekannten Gläubigers unbekannt ist. LG. Graudenz, PosMschr. **04** 163.

§ 1172. Abs. 2. 1. Als Belastungen, die der Gesamthypothek im Range vorgehen, werden auch Eigentümerhypotheken und vorgemerkte Hypotheken gerechnet, nicht aber bloße Rangvorbehalte. Biermann 385, Oberneck (3) I 889, Willenbücher 221. A. M. Staudinger (2) 486, welcher Rangvorbehalte (§ 881) nicht in Ansatz bringt.

2. Sekler, Lehre von der Vormerkung 27: Vormerkbar ist der Anspruch auf Inhaltsänderung der Gesamthypothek durch Zuteilung bestimmter Beträge an die einzelnen Grundstücke.

§ 1173. 1. Oberneck (3) I 886: Als eine Gesamtbelastung wird es nicht angesehen, wenn das mit einer Hypothek belastete Grundstück im Miteigentume mehrerer nach Bruchteilen steht. Befriedigt daher einer der Miteigentümer den Gläubiger, so steht diese Befriedigung einer durch den Eigentümer des Grundstücks bewirkten gemäß §§ 1143, 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. gleich, und die Hypothek wird zur Eigentümerhypothek mit oder ohne Forderung. Ebenso Staudinger (2) 490, Willenbücher 223. A. M. Fuchs I 557 Anm. 6c, Biermann Anm. 5, Planck III 579 Anm. 7. Der § 1173 BGB. kommt aber zur Anwendung, wenn jeder von mehreren ideellen Anteilen mit derselben Hypothek belastet ist.

2. RJA. **4** 267, ZBlFrG. **5** 465 (KG.): Wird der Gläubiger einer Gesamthypothek durch den Eigentümer eines der belasteten Grundstücke befriedigt, so ist die Hypothek auf den anderen Grundstücken zu löschen, ohne daß es der Zustimmung und der vorgängigen Eintragung der Erben des eingetragenen Eigentümers dieser Grundstücke bedürfte.

3. Oberneck (3) I 886: Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer im Sinne des § 1173 Abs. 1 Satz 2 steht es nicht gleich, wenn Forderung und Schuld sich in der Person des Gläubigers vereinigen. Ist der Eigentümer persönlicher Schuldner, so bleibt die dingliche Belastung als Gesamtbelastung bestehen und wird nur in Ansehung des Grundstücks des Erblassers zur Eigentümergrundschuld (§ 1177 Abs. 1); wenn der Erblasser nicht persönlich haftete, so wird die Forderung des Gläubigers, der ihn beerbt, dadurch überhaupt nicht berührt, und es entsteht auf dem Grundstücke des Erblassers eine Eigentümerhypothek mit Forderung. Ebenso Fuchs I 556, Turnau-Förster I 775, Willenbücher 222. A. M. Planck III 576 Anm. 2, Neumann (4) 2b zu § 1173.

4. Abs. 2. OLG. **9** 318 (KG.): Das Bestehen des Ersatzanspruchs (§ 1173 Abs. 2) muß in einer für den Grundbuchverkehr geeigneten Form (GBO. § 29), z. B. durch das Anerkenntnis des Ersatzanspruchs oder der ihn begründenden Tatsachen von seiten des Eigentümers des mithaftenden Grundstücks nachgewiesen werden.

OLG. **9** 317 (KG.): Zur Löschung der von einem Gesamtschuldner bezahlten Hypothek auf den anderen Grundstücken bedarf es einer Erklärung des Gesamtschuldners, daß ihm ein Ersatzanspruch gegen die Eigentümer der anderen Grundstücke nicht zustehe. Oberneck (3) I 887, Willenbücher 223.

5. Oberneck (3) I 885: Die dem Eigentümer an seinem eigenen Grundstück anfallende Hypothek wird Grundschuld, wenn er gleichzeitig persönlich für die Forderung haftet; sie bleibt Hypothek, wenn er nicht persönlicher Schuldner ist. Die der Rückgriffshypothek zugrunde liegende Forderung ist die Ersatzforderung des befriedigenden Eigentümers gegen den Eigentümer des mitverhafteten Grundstücks. Ebenso Biermann 388, Planck 578, Staudinger (2) 489.

A. M. Turnau-Förster I 773, welche in der Ersatzforderung nur den Nachweis zur Berechtigung hinsichtlich der erworbenen Hypothek erblicken, und Fuchs I 557, 558 u. Willenbücher 223, welche bestreiten, daß für die Ersatzforderung eine Hypothek bestehe.

6. Über die Schwierigkeiten bei der Briefbildung im Falle des Abs. 2, wenn die Gesamthypothek teils (auf dem Grundstück des den Gläubiger befriedigenden Eigentümers) Eigentümergrundschuld, teils (auf den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer) Rückgriffshypothek wird, s. Oberneck (3) I 887.

§ 1175. Oberneck (3) I 881, Staudinger (2) 492, Willenbücher 225: Die gleiche Wirkung wie beim Verzichte tritt ein, wenn der Gläubiger

mit seinem Rechte an einem der belasteten Grundstücke infolge Schuldübernahme einer Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist, ausgeschlossen wird, weil die Schuldübernahme einem Verzichte des Gläubigers auf die Hypothek gleichgestellt ist (§ 418 Abs. 1 BGB.).

§ 1176. OLG. 9 318 (KG.): Das Vorrecht ungetilgter Teile einer Amortisationshypothek vor getilgten Teilen ist nicht eintragbar. Vgl. IDR. **2** zu § 1176 BGB.

§ 1178. Über den Begriff der Nebenleistungen s. bei § 1115 unter D.

§ 1179. 1. Die IDR. 2 Ziff. 2 erwähnte Entscheidung des KG. ist auch abgedruckt OLG. 8 145.

2. OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 334, R. **04** 529 — vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 1179 —: Die bei Bewilligung einer Sicherungshypothek gemäß § 1179 übernommene Verpflichtung, sämtliche vorgehenden Hypotheken zu löschen, und der auf Grund hiervon gestellte Antrag auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Löschungsanspruchs ermangeln nicht der erforderlichen Bestimmtheit. Eine spezielle Aufzählung der vorgehenden Hypotheken ist nicht unbedingt erforderlich, da die Bezeichnung „sämtlich vorgehender“ keinen Zweifel über den Umfang der Bewilligung läßt.

3. OLG. Dresden, R. **04** 603: Das Recht des Vormerkungsgläubigers im Falle des § 1179 besteht nur darin, daß durch das Erlöschen der Hypothek ein gleiches oder nachstehendes Recht eine Verbesserung im Range erfährt. Deshalb kann in einem Falle, wo die Hypothek, auf die sich die Löschungsvormerkung bezieht, bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks durch den Zuschlag erlischt und wo daher nur noch das Interesse an einer Zuteilung aus dem Versteigerungserlös in Frage kommt, der Anspruch aus der Vormerkung nur von einem solchen Gläubiger geltend gemacht werden, der durch die Nichtberücksichtigung der Eigentümerhypothek eine Zuteilung erlangt, die er sonst nicht erlangen würde.

4. *Wilhelm, ZBlFrG. **5** 305: Der dem Gläubiger einer Hypothek zustehende Anspruch auf Löschung einer vorangehenden ist regelmäßig kein rein obligatorischer, von der Hypothek des Gläubigers losgelöster, sondern bildet ein subjektiv-dingliches, dem jeweiligen Inhaber der Hypothek zustehendes Nebenrecht. Im Falle der Abtretung oder Löschung der Hypothek des Gläubigers ist daher gleichzeitig die Abtretung oder Löschung des vorgemerkten Löschungsanspruchs lediglich auf Grund der für das Hauptrecht erteilten Bewilligung zu buchen. Einer besonderen Bewilligung hinsichtlich des Löschungsanspruchs bedarf es nicht. Ist der Löschungsanspruch einem Gläubiger, der zwei Hypotheken besitzt, eingeräumt, so ist im Zweifel bei jeder Hypothek ein Löschungsanspruch einzutragen.

5. Sekler, Lehre von der Vormerkung, 45, 48: Der § 1179 ist (analog) auch anwendbar, wenn der Eigentümer für den Fall der Vereinigung eine Rang- und Inhaltsänderung oder eine Belastung der Hypothek zusagt oder deren Abtretung verspricht, sobald sie sich mit dem Eigentume vereinigt, oder wenn die Eigentümer der belasteten Grundstücke eine von der gesetzlichen Art des § 1172 Abs. 2 abweichende Zerlegung einer Gesamthypothek vereinbaren.

§ 1180. 1. Sekler, Lehre von der Vormerkung 159: Die Vorschrift des § 1180 ist auf die Vormerkung nicht übertragbar.

2. *Spieß, ZBlFrG. **4** 661: Eine Änderung des Gegenstandes eines Hypothekenrechts ohne sonstige Veränderung des letzteren findet landesrechtlich — Art. 113 EG. — in Preußen bei einer Grundstückszusammenlegung statt, indem hier die dem Eigentümer überwiesene Abfindung als Surrogat der alten Grundstücke an deren Stelle in das Hypothekenrecht eintritt.

§ 1181. 1. Gegen RG. **55** 414 — JDR. **2** Ziff. 3 zu § 1181 — erhebt Eccius, Gruchots Beitr. **48** 470, Bedenken, weil dadurch neben der Haftung des Grundstücks eine selbständige korreale Hypothekenhaftung der beweglichen Stücke anerkannt werde, die eben deshalb, weil sie selbständig sei, nach Untergang der Grundstückshypothek weiter fortbestehen könne. Eccius findet hierin eine Verkennung des § 1120, welcher von keiner Gesamthypothek, sondern allein von einer Erstreckung des Haftungsgegenstandes der einen Hypothek auf den Beilaß spreche. Auch nach dem ZVG. ist nach seiner Meinung eine selbständige Verfolgung einer zu Recht gelöschten und untergegangenen Hypothek bezüglich beweglicher Sachen, die mit dem Grundstücke gehaftet haben, unmöglich. Auch während des Bestehens der Hypothek ist der Gläubiger nicht berechtigt, eine Klage auf Befriedigung aus einem einzelnen mit dem Grundstücke haftenden beweglichen Gegenstand anzustellen, selbst wenn ein solcher nach der ZPO. zum Gegenstand einer Mobiliarpfändung gemacht werden könnte.

Das RG. (Gruchots Beitr. **48** 1064, 1067) hält an der bisherigen Rechtsauffassung fest.

2. RG. **56** 322, JW. **04** 144: Eine Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt nur im Wege der Zwangsvollstreckung (BGB. § 1147), nicht, wenn ohne ZwVollstr. gezahlt wird, sei es auch mit Geldern, die der Schuldner durch den Verkauf des Grundstücks oder solcher Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, erlangt hat. Auf das Zugeldemachen der von der Hypothek ergriffenen Gegenstände kommt es nicht an, sondern auf deren Zugeldemachen durch Zwangsvollstreckung.

§ 1182. Zweifelhaft ist die Frage, ob § 1182 BGB. auch dann Anwendung findet, wenn das Grundstück oder die Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigentümers zurzeit der Befriedigung aus einem der mitverhafteten Grundstücke wieder Eigentum des Subhastaten geworden sind. Für die Bejahung Oberneck (3) I 883, da der § 1182, indem er als Ersatzpflichtigen auch den „Rechtsvorgänger des Eigentümers" bezeichnet, das Erfordernis einer Verschiedenheit der Eigentümer der gesamtbelasteten Grundstücke ablehnt. — Streitig ist, ob die Ersatzforderung die Unterlage der auf den ersatzberechtigten Subhastaten übergegangenen Post bildet oder ob die ursprüngliche Forderung mit der Hypothek oder ob nur die dingliche Belastung als solche übergeht. Für die erste Alternative Oberneck (3) I 884, Böhm 276, Planck, Biermann, Staudinger (2) 505, für die zweite Fuchs I 585c, Turnau-Förster I 199 Anm. 4, für die dritte Willenbücher 233 Anm. 2.

§ 1183. 1. Vgl. JDR. **2** u. **3** zu § 27 GBO. Der Unterschied zwischen der Sollvorschrift des § 27 GBO. und der materiellen Bestimmung des § 1183 BGB. liegt darin, daß im Falle der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der Hypothek der Mangel der Zustimmung des Eigentümers die Aufhebung materiell nicht herbeiführt und Grundbuchberichtigung erfolgen kann. Ist dagegen materiell die Zustimmung, wenn auch formlos, erteilt, so ist die Löschung wirksam selbst beim Fehlen der formellen Zustimmungserklärung aus § 27 GBO. Oberneck (3) I 904, Fuchs I 589 Anm. 2.

2. OLG. **8** 209, **10** 89, RJA. **4** 168, PosMschr. **03** 38, SchlHolst. Anz. **04** 284 (KG.): Zur Löschung eines von einer Abtretung nicht betroffenen Zinsprozentes bedarf es der Zustimmung des Eigentümers. Wird aber eine solche Löschung nicht beantragt, so kann gleichwohl die Zinsermäßigung im Grundbuch eingetragen werden, nur bleibt dann das Hypothekenrecht des bisherigen Gläubigers für die Zinsdifferenz bestehen, falls nicht aus der Erklärung des Gläubigers ein Verzicht auf die Zinsdifferenz zu entnehmen ist, zu dessen

Eintragung es gleichfalls der Zustimmung des Eigentümers nicht bedürfte (§ 1168). Durch die Eintragung eines solchen Verzichts wird der Bestand der Hypothek nicht berührt, sondern nur klargestellt, daß nunmehr der Eigentümer den Teil, auf welchen verzichtet ist, erworben hat und in der Lage ist, die Löschung durch seine Zustimmung herbeizuführen. Die Unzulässigkeit der Bildung eines Teilbriefs wegen der Zinsdifferenz ergibt sich aus der Unselbständigkeit des von der Hauptforderung losgelösten Zinsrechts.

§ 1184. 1. *Quandt, Die schlichte Sicherungshypothek im neuen deutschen Reichsrecht 31, 57, 144: Die Sicherungshypothek verfolgt als einziges Ziel die Sicherung der zugrunde liegenden Forderung, die gewöhnliche (Verkehrs-) Hypothek Sicherung und Verkehrsfähigkeit. Die Erkenntnis, daß in vielen Fällen den Kontrahenten nur an ersterer gelegen, zwingt zur Bejahung der Frage nach der wirtschaftlichen Notwendigkeit für die gesetzgeberische Begründung des Instituts der Sicherungshypothek überhaupt. Die Sicherungshypothek ist daher keine Hypothek minderer Qualität, sondern steht den übrigen Arten der Grundkreditbelastung ebenbürtig zur Seite. Vom Gesetzgeber den Normen der gewöhnlichen Hypothek angegliedert, lassen sich ihre Begriffsmerkmale im Unterschiede von dieser etwa dahin feststellen: Bei der Sicherungshypothek zeitigt der Übergang der Hypothek auf einen gutgläubigen Dritten durch Rechtsgeschäft den Verlust der Einreden des Eigentümers gegen das dingliche Recht. Dasselbe gilt, richtig verstanden, von den Einwendungen. Dagegen verbleiben ihm alle Einreden hinsichtlich der Forderung, von den Einwendungen ist dies selbstverständlich. Was von dem gutgläubigen Neuerwerber gesagt wurde, betrifft ohne weiteres auch den ursprünglichen Gläubiger, nur daß dem Eigentümer hier auch die Einwendungen und Einreden gegenüber dem hypothekarischen Anspruche zustehen.

2. *Herold, ZBlFrG. **4** 695: In den Sicherungshypotheken stehen, von ihrem Eintrag in das Grundbuch ab und durch die Bezeichnung der Hypothek als einer Sicherungshypothek oder durch Angabe des Höchstbetrags der für den Gläubiger geltenden Haftung aus dem Grundbuch erkennbar, eine dem Gläubiger zustehende Hypothek und eine dem Besteller der Sicherungshypothek verbleibende Eigentümergrundschuld einander in der Weise gegenüber, daß sie nach außen hin fest begrenzt sind, im Verhältnisse zueinander aber abhängig sind vom Bestehen oder Nichtbestehen der der Hypothek des Gläubigers zugrunde liegenden, zu sichernden Forderung. Im Zwangsversteigerungsverfahren gelten beide dingliche Rechte als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrags i. S. von § 14 ZVG. Die Eigentümergrundschuld bedarf, eben weil sie aus dem Grundbuch erkennbar ist, zum Schutze gegen Dritte nicht der Grundbuchberichtigung. Sie ist völlig einer brieflosen bedingten Eigentümergrundschuld i. S. von § 1196 BGB. entsprechend zu behandeln. Vgl. auch Ziff. 5b zu § 1113 Abs. 2 BGB.

§ 1190. 1. Wegen Nichtanwendung der §§ 14, 50 Abs. 2 Nr. 1, 125 ZVG. auf die Höchsthypothek — vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 1190 — s. Meyer, BayNotZtg. **5** 73.

2. *Herold, ZBlFrG. **4** 695: Höchstbetragshypotheken haften nicht für eine einzelne Forderung, sondern für den Gesamtforderungsbetrag, der dem Hypothekengläubiger jeweilig aus bestimmten, zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer bestehenden Schuldverhältnissen zusteht. Mangels der Forderung erscheint auch Abtretung, Verpfändung oder Pfändung der Höchstbetragshypothek als solcher ausgeschlossen; soll die Hypothek mit dem gerade vorhandenen Gesamtforderungsbetrag abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden, so ist dieser anzugeben und im Grundbuch erkennbar zu machen. Hierdurch aber verwandelt sich die Höchstbetragshypothek insoweit in eine gewöhnliche Sicherungs-

hypothek im Sinne des § 1184 BGB. Höchstbetragshypotheken wegen Kosten erscheinen unzulässig, mögen die Kosten unter § 1118 BGB. fallen oder nicht.

3. *Hirsch, AbürgR. **25** 235, 251: Die Höchstbetragshypothek ist, soweit Forderungen aus dem zu sichernden Rechtsverhältnis jeweils nicht entstanden sind, vorläufige Eigentümerhypothek (vgl. Ziff. 5a zu § 1113 Abs. 2). Konstruktiv unrichtig daher die gesamte bisherige Judikatur.

Eine Veräußerung des Grundstücks während der Schwebezeit erstreckt sich nicht ipso iure auf die jeweils bestehende vorläufige Eigentümerhypothek.

4. Oberneck, DNotVZ. **04** 75 unterzieht die von verschiedenen Seiten (z. B. Bollenbeck, RheinNotZ. **01** 198, Kockerols, DNotVZ. **1** 305, RheinNotZ. **01** 161 u. a. vorgeschlagenen Formulare einer Kredithypothek einer näheren Beurteilung. Er hält es nicht für zweckmäßig, wenn eine Bank zur Sicherung für alle ihr gegenwärtig und künftig gegen den Kreditnehmer zustehenden Forderungen sich eine Darlehenshypothek bestellen läßt. Denn diese wird in Höhe der mangelnden Valuta zur Eigentümergrundschuld und der Eigentümer kann Grundbuchberichtigung auch dann verlangen, wenn das Kreditverhältnis noch nicht zur Lösung gelangt, vielmehr der Kredit später noch in Anspruch genommen ist. Die persönliche Verpflichtung des Kreditnehmers, die Eigentümerhypothek auf Grundlage der aus dem Kreditverhältnisse künftig erwachsenden Forderungen in eine Hypothek umzuwandeln, begründet zwar die Einrede der Arglist gegen seinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung. Dingliche Sicherung für ihre später entstehenden Forderungen erlangt die Bank aber erst mit der Einigung und Eintragung gemäß § 1180 BGB. Er schlägt daher vor, die im § 1190 BGB. gerade mit Rücksicht auf den im Handelsverkehr üblichen Kreditvertrag gewährte Höchstbetragshypothek als Sicherungsmittel zu benutzen, etwa in folgender Form: „Für die dem Bankhause zu . . . aus ihrer Geschäftsverbindung mit mir bereits zustehenden und in Zukunft noch entstehenden Forderungen bestelle ich mit meinem . . . Grundstück Hypothek und bestimme den Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück haften soll, auf 50 000 M. Ich bewillige und beantrage die Eintragung der Sicherungshypothek in das Grundbuch". Vgl. hierzu die Bemerkungen von Kockerols, DNotVZ. **4** 354.

5. Aus der Praxis.

a) Das **RG.** Gruchots Beitr. **48** 606 schließt sich der früheren Entscheidung (**51** 115) — vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 1190 — an, nur läßt es die in dem früheren Urteile bejahte Frage dahingestellt, ob schon eine Vorauspfändung der nach Abwickelung der Kreditgeschäfte sich etwa ergebenden Eigentümergrundschuld zulässig ist.

b) **RG. 56** 323, JW. **04** 144: Das Wesen der Höchstbetragshypothek bringt es mit sich, daß sie (vgl. **RG. 51** 117) so lange zur Verfügung des Gläubigers bleibt, bis das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist, seinen endgültigen Abschluß gefunden hat, so daß weitere Forderungen aus ihm nicht mehr entstehen können. Durch Zahlungen, die dem Gläubiger während des Weiterbestehens des Rechtsverhältnisses gemacht werden, kann die Haftung des Grundstücks nur auf dem Wege verringert werden, daß entweder im Sinne des § 1113 Abs. 1 BGB. aus dem Grundstücke gezahlt wird, wodurch die Hypothek zu dem gezahlten Betrag erlischt, oder daß die Anrechnung der Zahlung auf den Höchstbetrag und insoweit eine Aufhebung der Hypothek (§ 1183) vereinbart wird. Soweit die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist, steht sie nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu.

c) KGJ. **28** A 269, RJA. **4** 240, ZBlFrG. **5** 445 (KG.): Die Abtretung einer unter Bestimmung eines Höchstbetrags eingetragenen Hypothek ohne

die durch sie gesicherte Forderung ist unzulässig. Vgl. Turnau-Förster I Anm. 9 zu § 1190. Ergibt sich daher aus den Unterlagen des Umschreibungsantrags zum wenigsten die Möglichkeit, daß die Höchstbetragshypothek ganz oder zum Teil Eigentümergrundschuld geworden ist, so darf der Grundbuchrichter die Umschreibung auf Grund der alleinigen Bewilligung des Gläubigers ablehnen. Solange es sich aber noch nicht entschieden hat, ob die aus dem gesicherten Rechtsverhältnis erwachsene Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleibt, kann der Gläubiger allein die Höchstbetragshypothek übertragen; die Übertragung geschieht dann unter dem Vorbehalte des demnächstigen Entstehens der Forderung.

6. Wie JDR. **1** Ziff. 4c zu § 1190 (Unzulässigkeit der Eintragung der Unterwerfungsklausel gemäß § 794 N. 5 ZPO.) — vgl. OLG. **3** 295 — auch OLG. **8** 148 (München), **8** 149 (Dresden), SächsOLG. **25** 130 und KGJ. **28** A 145, OLG. **9** 320 (KG.).

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191. 1. Kindel, Festgabe für Koch 108: Die Grundschuld ist nicht eine Sachhaftung ohne Forderung, sondern ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht, für welches eine Vermögenshaftung überhaupt nicht besteht oder nicht eingetragen ist. Unter der Forderung im Sinne des § 1192 BGB. ist die Forderung im gewöhnlichen Sinne, das durch die Vermögenshaftung gesicherte Forderungsrecht zu verstehen, deshalb ergibt sich auch die entsprechende Anwendung des § 1163 BGB. von selbst, wenn z. B. die durch die Sachhaftung gedeckte Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen ist. Auch die entsprechende Anwendung des § 1177 BGB. wird keinem Bedenken unterliegen. Eine Vereinigung der Hypothek (der Sachhaftung) mit dem Eigentum in einer Person ist auch dann anzunehmen, wenn nur die der Sachhaftung entsprechenden Rechte in das Eigentum zurückgekehrt oder aus ihm nicht geschieden sind. A. M. Oberneck (3) I 1010, Staudinger (2) Anm. 5 zu § 1192 BGB.

2. Oberneck (3) I 1009: Liegt der Grundschuld eine persönliche Forderung zugrunde, so kann die Leistung aus dem Gesichtspunkte der grundlosen Bereicherung gegen den ursprünglichen Gläubiger oder den schlechtgläubigen Dritten rückgängig gemacht werden, z. B. wegen Nichtigkeit der zur Grundschuld gesetzten Forderung, wegen Ungültigkeit des die Bestellung der Grundschuld veranlassenden Rechtsgeschäfts oder mit der Einrede, daß die Forderung befriedigt ist oder wegen nicht erfüllten Vertrags der durch die Grundschuld gesicherte Anspruch nicht gefordert werden kann. Dringt die Einrede durch, so muß im Falle der Widerklage der Gläubiger die Erklärung des Verzichts auf die Grundschuld abgeben (BGB. § 1169), wodurch diese nach § 1168 zur Eigentümergrundschuld wird. Die Einrede versagt, wenn das Geleistete nach Maßgabe der §§ 814, 815 BGB. nicht zurückgefordert werden darf. Die für eine Spielschuld bestellte Grundschuld kann keine klagbare Verbindlichkeit erzeugen. Örtmann 487 Anm. 3 zu § 762 Abs. 2 BGB.

3. Vgl. auch JDR. 2 zu § 70 GBO.

§ 1196. BayObLG., N. **04** 386: Die Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer eines Grundstücks erfolgt durch einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber dem Grundbuchamte. Sie bildet, wenn gleichzeitig mit ihr die Veräußerung des Grundstücks an einen Ansteigerer beurkundet wird, der die Grundschuld in Anrechnung auf den das Meistgebot darstellenden Kaufpreis übernimmt, nicht einen Teil des Veräußerungsgeschäfts.

§ 1198. Wie Planck Anm. 2 — JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1198 — auch Staudinger (2) Anm. 1a zu § 1198, welcher hervorhebt, daß eine Eigentümerhypothek in der Weise in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt werden kann, daß der Eigentümer gemäß § 1168 BGB. auf die Hypothek verzichtet. Oberneck (3) I 1015 hält Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Eigentümerhypothek nicht für denkbar, wohl aber die Umwandlung der sog. Hypothek des Eigentümers in eine Eigentümergrundschuld.

II. Rentenschuld.

§ 1199. 1. KGJ. **28** A 322, RJA. **4** 257 (KG.); OLG. **9** 312 (Hamburg): Die Eintragung einer Rentenschuld zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks ist unzulässig, da es an dem Erfordernisse der Bestimmtheit des Gläubigers (BGB. §§ 1192, 1115) fehlen würde. Die Anwendung der Ausnahmevorschriften der §§ 1094, 1105 BGB. auf die Rentenschuld erscheint unzulässig. Anderenfalls könnte sogar die Frage aufgeworfen werden, warum nicht auch der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks als Eigentümer in das Grundbuch sollte eingetragen werden dürfen.

Dagegen OLG. **9** 313 Anm. 1: Maßgebend für die Entscheidung ist, ob materiell für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks eine Grund-(Renten-) Schuld bestellt werden kann.

2. OLG. **8** 148 (Hamburg): Eine Anzahl jährlicher Pachtraten kann nicht als Rentenschuld eingetragen werden.

3. LG. Straßburg, ElsLothrJZ. **29** 382: Für eine Leibrente kann nur eine Höchstbetragshypothek eingetragen werden.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Vorbemerkung: An einer umfassenden theoretischen Darstellung des Pfandrechts mangelt es noch. Über die Grundqualitäten des Pfandrechts läßt sich Reinhold, ÖstAGZ. **55** 261, 267 aus. Er bestreitet, daß Subsidiarität, Akzessorietät und Spezialität als Grundeigenschaften des Pfandrechts betrachtet werden dürfen, da sie sich auch bei der Bürgschaft vorfinden; er sieht die Grundeigenschaft des Pfandrechts in der Dinglichkeit. Von der rechtlichen Konstruktion der Forderungspfändung handeln Reinhold, GH. **48** 41, 51, der ausführlich seine Ansicht begründet, daß das Forderungspfandrecht als bedingte Zession aufzufassen sei, und Wieselthier, GH. **48** 111, der Reinholds Ansicht mit aus dem österreichischen Rechte geschöpften Gründen bekämpft Weigelin erörtert an vielen Stellen Grundfragen des Forderungspfandrechts. Für die Geschichte des Pfandrechts sind Manigks Pfandrechtliche Untersuchungen I 1 von Bedeutung. Der Streit um den § 1225 hat seinen Abschluß noch nicht gefunden, obwohl die unten bei diesem Paragraphen erwähnte Literatur bereits eine wesentliche Klärung herbeigeführt hat. Es darf wohl als widerlegt angesehen werden, daß die Verweisung auf § 774 Abs. 2 ein Redaktionsversehen sei. — Die Praxis erkennt in fester Übung die Zulässigkeit des Sicherungskaufs (s. u. zu § 1205) in weitestem Umfang an. Im übrigen sind besonders wichtig die Entscheidungen zu den §§ 1207, 1253, 1274, 1280.

Literatur: Manigk, Pfandrechtliche Untersuchungen I 1. Die pfandrechtliche Terminologie und Literatur der Römer (Breslau 1904) — Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechterwerbes (Leipzig 1904). — Reinhold, Sicherstellung einer Forderung durch eine Forderung, GH. **48** 41 ff., 51 ff. — Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld (Hannover 1904). — Wieselthier, Zur rechtlichen Konstruktion der Forderungspfändung, GH. **48** 111 ff.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1204. 1. OLG. **8** 422 (Hamburg): Ein zur Sicherung einer Forderung aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte begründetes Pfandrecht ist unwirksam.

2. KG., KGBl. **03** 113: Wenn ein Vater das auf den Namen seines minderjährigen Kindes lautende diesem gehörende Sparkassenbuch seinem Gläubiger zu dessen Sicherung übergibt, ohne ihm die Forderung zu verpfänden, so entsteht kein Pfandrecht; denn ein Sparkassenbuch ist lediglich Beweis- und Legitimationspapier, hat keinen eigenen Vermögenswert und kann deshalb auch für sich allein nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein, da dieses begrifflich die Verwertbarkeit des Pfandobjekts voraussetzt. S. JDR. **2** zu § 1204 Nr. 3. Ein dingliches Zurückbehaltungsrecht kennt das BGB. nicht.

3. Übereinstimmend mit dem vorhergehenden Satze Martinius, AzivPr. **96** 114: Durch Vertrag kann die Verkaufsbefugnis nicht mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden. S. JDR. **1** zu § 1204 Note 2.

4. Die Verpfändung einer Sachgesamtheit, insbesondere eines Warenlagers, ist nach BGB. zulässig. Geißmar, Holdheims MSchr. **04** 90 ff. S. JDR. **1** zu § 1205 Nr. 4.

§ 1205. 1. a) OLG. Celle, R. **04** 448. Der Schuldner, der seinem Gläubiger Realsicherheit geben will, ist dabei nicht auf die Bestellung von Pfandrechten allein beschränkt. Aus § 1205 ist kein Verbot gegen die Vornahme von Sicherungskäufen und Abtretungen zu entnehmen. Nur muß ein ernstlicher Veräußerungswille vorhanden sein.

b) Reine Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium ist zulässig. **RG.** JW. **04** 6, R. **04** 103; **RG.** v. 8. 11. 04, JW. **05** 48, R. **05** 107.

c) OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 233: der Sicherungskauf wird nicht dadurch zur Pfandbestellung, daß der Käufer dem Verkäufer verspricht, ihm einen sich bei der Verwertung der Kaufsache ergebenden Überschuß über seine Forderung herauszugeben.

d) **RG.** JW. **04** 355, R. **04** 444: das Vorliegen eines verschleierten Pfandvertrags kann aus folgenden Gründen nicht entnommen werden: α. Unverwendbarkeit der Sachen für den Käufer, β. ungenaue Bezeichnung der Sachen, γ. Rückkaufspflicht des Verkäufers.

S. JDR. **2** zu § 1205 Note 2.

2. **RG.** (Strafs.) R. **04** 24: Wenn der Mieter an seiner ihm nicht unentbehrlichen Sache dem Vermieter wegen einer Forderung aus dem Mietverhältnis ein Retentions- oder Pfandrecht einräumt, so bedarf es, wenn die Sache in der Mietwohnung bleibt, einer besonderen Übergabe nicht. Denn da Vermieter jederzeit die Wegschaffung der Sache verhindern und sich in ihren Gewahrsam setzen kann, hat er ein gewisses Maß von tatsächlicher Herrschaft darüber, steht in einem besitzähnlichen Verhältnisse zu ihr, wodurch eine besondere Übergabe entbehrlich wird.

3. **RG.** R. **04** 603: Der Besitz des im Keller und Bureau befindlichen Lagers und Inventars kann dadurch an den Pfandgläubiger übertragen werden, daß ihm die Keller- und Bureauschlüssel ausgehändigt werden.

4. a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 955, R. **05** 107: Wirksame Übergabe liegt vor, wenn der Verpfänder dem Pfandgläubiger denjenigen Schlüssel des Aufbewahrungsorts der Pfandsache übergibt, den zur Zeit der Übergabe auch der Verpfänder für den einzigen zum Verschließen des Behältnisses bestimmten Schlüssel hielt, mag auch später der Verpfänder einen anderen passenden Schlüssel finden und sich damit Zutritt zu dem Aufbewahrungsraume verschaffen, ja mag er auch von vornherein auf die Auffindung eines solchen (Nach-)Schlüssels gehofft haben. (S. ferner zu b).

b) Offen gelassen ist (o. zu a) die Frage, ob die Verpfändung wirksam ist, wenn der Verpfänder, der zwei zur ordnungsmäßigen Öffnung des Aufbewahrungsorts bestimmte Schlüssel in Händen hat, dem Pfandgläubiger, der von der Existenz

des zweiten Schlüssels nichts weiß, nur einen Schlüssel übergibt und den anderen heimlich zurückbehält. Bejaht wird diese Frage in OLG. **8** 195, R. **04** 224 (Stuttgart), ⇛ aber ohne feste Stellungnahme zu der abweichenden früheren Ansicht des RG. — Red. ⇚ Literaturnachweise in beiden Entscheidungen.

§ 1206. S. oben zu § 1205 Note 4; ferner JDR. **1** zu § 1206 Note 1 c.

§ 1207. 1. a) **RG. 58** 162, JW. **04** 384, R. **04** 448: Ein Kaufmann hatte unterlassen, Wertpapiere, die ihm eine Bankfirma verpfändete, auf das Vorhandensein der Nebenpapiere (Coupons, Talons) zu prüfen. Hierin liegt eine grobe Vernachlässigung der ihm im Interesse des wahren Eigentümers auferlegten Prüfungspflicht. Bei Erfüllung dieser Pflicht würde er den mangelhaften Zustand der Papiere erkannt haben; er hätte dann mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß es sich um Papiere handle, die der Bankfirma nur zur Verwahrung anvertraut waren. Grob fahrlässig handelt nicht bloß der Erwerber, der verdächtige Umstände kennt und dennoch weitere Nachforschungen unterläßt, obwohl sie ohne weiteres geboten waren, sondern auch der Erwerber, der unter besonders schwerer Verletzung der im Verkehre gebotenen Sorgfalt es unterläßt, sich die Kenntnis solcher Umstände zu verschaffen.

b) OLG. **8** 193 (Hamburg): Ein allgemeiner Satz, daß die Verpfändung der Mäntel allein ein so ungewöhnliches Vorkommnis sei, daß eine derartige Verpfändung einer besonderen Beurteilung unterliegen müsse, läßt sich nicht aufstellen, und der Pfandgläubiger braucht nicht nachzuweisen, daß ein besonderer Grund für die Beschränkung der Verpfändung auf die Mäntel vorgelegen habe. Er macht sich auch nicht notwendig dadurch einer groben Fahrlässigkeit schuldig, daß er sich nicht überzeugt, daß der Verpfänder tatsächlich im Besitze der Nebenpapiere ist.

2. *Neuburger a. a. O. führt aus:

a) Zu § 1205 Abs. 2: Mala fides im Zeitpunkte der Verpfändungsanzeige ist unschädlich (26).

b) Zu § 1206: Der gute Glaube bewirkt den Erwerb eines Pfandrechts vom Nichtberechtigten auch, wenn er erfolgt durch Einräumung des Mitbesitzes; denn, wenn diese dem Prinzipe der Erkennbarkeit hinsichtlich des Pfandrechtserwerbes überhaupt genügend Rechnung trägt, muß dies auch für den gutgläubigen Erwerb genügen. Noch näher liegt die analoge Anwendung von § 934 bei Einräumung des Mitbesitzes in der Art, daß die Herausgabe nur an den Gläubiger erfolgen kann. Auch genügt Übergabe oder Einräumung des Mitbesitzes an einen Dritten, der für den Pfandgläubiger besitzen soll (26 f.).

c) Zu § 1208: Von den für den Satz, daß ein gesetzliches Pfandrecht an fremden Gegenständen auch durch den guten Glauben des Erwerbers nicht entstehen könne, angeführten Argumenten (α. §§ 1207/8 passen nur für „Verpfändung", β. § 366 HGB. e contrario, γ. die Fassung des § 1257 BGB.) sind die beiden ersten nicht durchschlagend, dagegen ist es das dritte (72 ff.)

§ 1209. *Geißmar, Holdheims MSchr. **04** 90 ff. (vgl. oben zu § 92). Von dem Standpunkte des römischen Rechtes aus ist es konsequent, wenn der Wille, da er überhaupt das Entscheidende ist, auch den Rang bestimmt, die verschiedenen Pfandrechte also nach dem Alter des Pfandvertrags rangieren. Wo aber, wie nach dem Systeme des BGB., die Besitzübergabe eine ebenso wesentliche Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts ist, wie die Vereinbarung, da ist die Entstehung des Pfandrechts durch das Zusammentreffen von Vertrag und Besitzübergabe (bzw. Benachrichtigung des Dritten) bedingt.

§ 1211. *E. Schultz, Zur Auslegung des § 1211 BGB., R. **04** 526. Die Einreden können nicht jedem Pfandanspruche gegenüber geltend gemacht

werden, sondern nur, soweit es sich um den Anspruch auf Befriedigung aus dem Pfande handelt.

S. auch IDR. 2 zu § 1211.

§ 1215. OLG. 9 119 (KG.): Der Pfändungsgläubiger hat keinerlei Verpflichtung, die im Gewahrsam des Schuldners belassenen Pfandstücke zu überwachen oder zu verwahren. § 1215 findet keine Anwendung, weil der Pfändungsgläubiger die körperliche Übergabe der Pfandstücke nicht erlangt und durch die Pfändung nur im Verhältnisse zu anderen Gläubigern des Schuldners die Rechte eines Faustpfandgläubigers erlangt.

§ 1225. Literatur: Bendix, Breit und Lippmann, — s. die Literaturangaben o. zu § 774. —

Die Frage, in welcher Weise der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers zu regeln sei, wenn für die Forderung neben dem Hauptschuldner noch Bürgen und nicht vom Hauptschuldner bestellte Pfänder haften, ist, in Anknüpfung an die in IDR. 2 zu § 1225 angegebene Literatur, wiederum höchst verschieden beantwortet worden.

a) Mit Strohal, DIZ. 03 373 ff., stimmt im Endergebnis überein Lippmann a. a. O. Er weicht jedoch in der Begründung ab, indem er ausführt:

§ 776 BGB. gibt dem Bürgen mehr als ein bloßes Regreßrecht. Der Bürge wird dem Gläubiger gegenüber frei, wenn der Gläubiger Neben- und Sicherungsrechte aufgibt, frei insoweit, als der Wert dieser Rechte reicht. Deshalb braucht er ein Regreßrecht gegen den Schuldner und die von diesem gegebenen realen und personalen Sicherheiten gar nicht. Der zahlende Drittverpfänder hat auf die Forderung des Gläubigers an sich nur in dem Zustand Anspruch, in dem sie sich zur Zahlungszeit befindet. Während der zahlende Drittverpfänder gegenüber dem Gläubiger nicht geltend machen kann, daß dieser wertvolle Sicherheiten aus den Händen gegeben habe, kann dies der Bürge, und zwar auch dem gezahlt habenden Drittverpfänder gegenüber tun. Der Einwand, den der Bürge auf die Klage des Drittverpfänders bei einer von ihm nicht genehmigten Rechtsaufgabe (im Sinne von § 776 BGB., die bei solcher Befriedigung des Gläubigers stets vorliegt) zu machen hat, geht einfach dahin, daß er, der Bürge, nicht mehr Bürge sei.

b) Sellner, R. 04 477: Die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 kann sich nur auf mehrere Verpfänder beziehen und führt zu dem Satze, daß im Falle des Überganges der Forderung nach § 1225 auf einen von mehreren Verpfändern die dingliche Haftung der letzteren auf einen der Zahl der Verpfänder entsprechenden Anteil beschränkt ist. Daß dagegen die unbeschränkte Verwertung der auf den Verpfänder übergegangenen Pfandrechte dem letzteren versagt ist; es liegt hierin eine Einschränkung der in §§ 1222, 1230 BGB. aufgestellten Grundsätze.

c) Breit a. a. O. tritt den Ausführungen Strohals entgegen:

Das Gesetz läßt in verschiedenen Fällen den Forderungsübergang als Ausgleich für eine zur Erfüllung dieser Forderung erfolgte Leistung des Zessionars an den Zedenten eintreten, zu welcher der Zessionar zwar dem Gläubiger-Zedenten gegenüber verpflichtet oder berechtigt war, die aber im Verhältnisse zwischen Zessionar und Zessus ganz oder teilweise dem Zessus obliegt. Besteht nun für die zedierte Forderung eine Sicherung, so ist zu unterscheiden, ob der durch die Sicherung Verpflichtete der Zessus selbst ist (nur bei dinglicher Sicherung möglich) oder ein Dritter (bei dinglicher Sicherung möglich, bei Bürgschaft notwendig). Ersterenfalls gilt der Regelsatz, daß mit dem gesetzlichen Übergang einer Forderung auch die für sie bestehenden Sicherungen übergehen; letzterenfalls hingegen geht die Sicherung auf den Zessionar nur über, wenn ihm nach

dem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Innenverhältnisse gegen den Dritten Ersatzansprüche für seine Leistung an den Zedenten zu stehen. Somit ist die Frage, ob eine Ausgleichung zwischen Bürgen und Drittverpfänder stattzufinden hat, präjudiziell für die nach dem Übergange der Sicherheit auf den befriedigenden Teil. Die Sicherheit folgt als Schatten dem Ausgleichungsanspruche (289—291).

Wann finden aber derartige Ausgleichungsansprüche statt? Es gibt zwei Möglichkeiten:

α. Ohne besondere Abmachung tritt eine Ausgleichungspflicht nur in den Fällen der §§ 774, 1225 ein; wer außer diesen Fällen den Gläubiger befriedigt, kann nie die Zahlung auf einen anderen abwälzen.

β. Man sieht in den §§ 774 Abs. 2, 1225 Satz 2 den Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß mehrere Sicherungsverpflichtete untereinander im Zweifel zum Ausgleiche verbunden sind. Der Wert der Pfandsache kann hierbei keine Rolle spielen. (Dies gegen Martinius, DJZ. **04** 543 ff.) 292 ff.

d) *Bendix a. a. O. 84 ff. führt zu § 1225 Satz 2 aus: Bei der Fassung dieses Satzes, der auch hier die Vorschrift des § 774 Abs. 2 zur Geltung bringt, ist kein Redaktionsversehen untergelaufen. Die Bezugnahme auf diesen Abs. 2 § 774 a. a. O. hat auch ihre volle materielle Berechtigung. Damit wird allerdings nicht, worauf die Auffassung von Planck-Greiff beruht, zwischen dem fremden Verpfänder und den etwa vorhandenen Bürgen oder Mitbürgen ein mitbürgenähnliches Verhältnis geschaffen, vermöge dessen die actio cessa zwischen ihnen mit demselben beschränkten Erfolge stattfindet wie zwischen Mitbürgen. Vielmehr entsprechen den Mitbürgen im Falle des § 1225, wie Martinius zutreffend betont, die Mitverpfänder, d. h. mehrere Drittverpfänder beweglicher Gegenstände für dieselbe Forderung.

e) Vgl. ferner eingehend über diese Streitfrage JDR. **2** § 774 Ziff. 2 und o. § 774 Ziff. 3.

§ 1227. OLG. **8** 193 (Hamburg): Wer bewegliche Sachen besitzt und an ihnen ein Pfandrecht zu haben behauptet, wird nach §§ 1227, 1006 BGB. als Pfandgläubiger vermutet. S. JDR. **1** zu § 1227.

§ 1228. Vgl. o. zu § 1204 Note 3.

§ 1229. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 409: Das zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner getroffene Übereinkommen, daß ersterer seine Verkaufsbefugnis durch freihändigen Verkauf der Pfandsachen ausüben solle, steht einer Vereinbarung des im § 1229 BGB. bezeichneten Inhalts nicht gleich.

§ 1245. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 409: Dem Gläubiger, der mit dem Schuldner freihändigen Verkauf der Pfandsachen vereinbart hat, verbleibt dieses Recht auch im Konkurse des Schuldners.

§ 1249. SächsOLG. **25** 233: Ebenso wie der Verpfänder hat der Eigentümer das Recht, die Herausgabe des Pfandes Zug um Zug gegen Befriedigung des Pfandgläubigers zu verlangen. Übereinstimmend Staudinger II Note 3c zu § 1223.

§ 1251. Koban, Die gesetzliche Bürgschaft der §§ 571 und 1251 BGB. (Innsbruck 1905) führt aus: Der erste Pfandgläubiger sowie jeder Zwischenpfandgläubiger haften als gesetzliche Bürgen, und zwar liegt ein Fall der gesetzlichen Nachbürgschaft vor. Der letzte Pfandgläubiger ist der Hauptschuldner, dessen Vormann ist selbstschuldnerischer Bürge, und für diesen und jeden weiteren Zwischenpfandgläubiger tritt immer dessen Vormann als nicht subsidiär haftender Nachbürge ein. ⟶ Selbstbericht bleibt vorbehalten. — Red. ⟵

§ 1253. **RG.** **57** 323, JW. **04** 263, R. **04** 338, JustizRdsch. **04** 147: Der Untergang auch des Pfändungspfandrechts richtet sich nach BGB. Je nach-

dem die Wegnahme der Pfandzeichen, durch deren Anbringung der pfändende Gläubiger den Besitz der Pfandsachen erlangt hatte, gegen oder mit dem Willen des Gläubigers erfolgt, ist der Besitzverlust ein unfreiwilliger oder ein freiwilliger, und ist die Wegnahme der Zeichen mit dem Fortbestehen des Pfandrechts vereinbar oder unvereinbar. Die Einwilligung des Gläubigers in die Wegnahme bringt das Pfandrecht selbst bei dessen Vorbehalt zum Erlöschen. Ebenso SächsOLG. **25** 476, SeuffA. **59** 425.

§ 1257. 1. *v. Schwerin, JustizdRdsch. **04** 161 ff., führt aus: §§ 1207 und 1208 finden nur auf diejenigen gesetzlichen Pfandrechte Anwendung, bei denen der Pfandgläubiger den Besitz der Pfandsache vom Schuldner erhalten hat, und es ihm weder bekannt, noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Pfandsache dem Schuldner gehört.

2. Mittelstein, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht (2) I 498: Grundsätzlich sind die §§ 1259 ff. auch auf das gesetzliche Pfandrecht an Schiffen anwendbar. S. u. zu § 1268.

§ 1259. Mittelstein 491, 492: Die Sondervorschriften der §§ 1260 bis 1271 gelten nur für wirklich registrierte Schiffe; nicht für solche, die nach dem Gesetze registriert werden müßten, wohl aber für solche, die ordnungswidrig eingetragen worden sind.

§ 1260. 1. Mittelstein 493: Pfandbesteller kann nur der Eigentümer sein; § 1207 BGB. ist nicht anwendbar. S. JDR. **1** zu § 1260 Note 1a.

2. Mittelstein 495: Vormerkungen und Widersprüche sind, soweit es sich um die Eintragung von Pfandrechten bzw. deren unrechtmäßige Löschung im Register handelt, unentbehrlich.

§ 1266. Mittelstein a. a. O.: Volle Anwendung finden folgende §§: 1204, 1211, 1222, 1229, 1249, 1250, 1252, 1255, 1256; beschränkte oder modifizierte die §§: 1219, 1223 Abs. 2, 1224, 1225, 1227, 1254. Wegen § 1257 vgl. o. daselbst. S. ferner JDR. **1** zu § 1266 Note 3.

§ 1268. OLG. **9** 292, RJA. **4** 221, ZBlFrG. **5** 430 ff., R. **04** 575 (KG.): Der Werkmeister, der an einem registrierten Schiffe ein Pfandrecht gemäß § 647 BGB. erworben hat, kann das Pfandobjekt nur nach den Grundsätzen der Immobiliarzwangsvollstreckung verwerten. Eine Versteigerung, die er durch einen Auktionator hat vornehmen lassen, ist rechtlich wirkungslos; der gutgläubige Ersteher wird nicht Eigentümer. Übereinstimmend Mittelstein 505. S. auch o. zu § 647. —

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. 1. KGBl. **03** 114, R. **04** 46 (KG.): Die entsprechende Anwendung des § 1207 auf die Fälle des § 1273 ist ausgeschlossen. Es erwirbt niemand dadurch ein Pfandrecht an einer Forderung, daß ihm ein Nichtberechtigter, den er gutgläubig für berechtigt hält, die Forderung verpfändet.

2. **RG. 55** 334: Verpfändung künftiger Forderungen ist zulässig. Über Pfändung künftiger Forderungen vgl. zu § 832 ZPO., über Abtretung künftiger Forderungen o. zu § 398 Ziff. 2 u. die dortigen Verweisungen auf JDR. **1** u. **2**. —

§ 1274. 1. **RG. 58** 223, JW. **04** 451, DJZ. **04** 814, R. **04** 503, ZAktG. **12** 39, DNotVz. **4** 562: Obwohl nach § 15 Abs. 4 GmbHG. eine Vereinbarung, wodurch die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, gilt dies doch nicht für einen Vertrag, durch den eine Verpflichtung zur Verpfändung eines Geschäftsanteils geschaffen wird; „Abtretung" ist hier

nicht gleichbedeutend mit „Veräußerung". Die Verpfändung selbst aber unterliegt dem Formzwange (§ 15 Abs. 3 des zit. Ges.).

Wie der letzte Satz: *Merzbacher, GmbHG. § 15 Anm. 2: Die Bestellung eines Pfandrechts an dem Geschäftsanteil einer GmbH. kann nur durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag erfolgen. Diese Form wird durch die Übergabe etwa ausgegebener Anteilscheine nicht ersetzt. S. JDR. **2** zu § 1274 Note 1.

2. **RG.** JW. **04** 555, DJZ. **04** 1138, ZBlFrG. **5** 354: Die Verpfändung eines Hypothekenbriefs ohne Verpfändung der Forderung hat gar keine Pfandwirkung, auch nicht hinsichtlich des Hypothekenbriefs; denn dieser kann infolge seiner Abhängigkeit von der Hypothek nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein. S. JDR. **2** zu § 1274 Note 2.

3. **RG. 57** 414, JW. **04** 360, R. **04** 631: Verpfändung von Anteilscheinen an einer Gesellschaft ist keine Verpfändung einer Forderung; ein Drittschuldner ist hier nicht vorhanden. Es genügt für die Verpfändung der durch die Anteilscheine verbrieften Rechte zufolge § 1274 BGB. die zur Übertragung derselben erforderliche Form.

§ 1275. 1. Brandis, R. **04** 501: Wenn der Drittschuldner nach der Ersatzzustellung des Pfändungsbeschlusses, aber noch ohne Kenntnis derselben, an den Schuldner zahlt, so muß der pfändende Gläubiger die Zahlung gegen sich gelten lassen. A. A. Schönfeld, R. **05** 104.

2. Über Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Verpfänder vgl. Weigelin, Recht zur Aufrechnung 94.

§ 1279. **RG. 57** 363, R. **04** 553: Der Schuldner kann seinem Gläubiger ein Pfandrecht auch an der Forderung gültig bestellen, die ihm gegen jenen zusteht. Es liegt dann ein Fall des Pfandrechts an der eigenen Schuld vor. Die dem Gläubiger-Schuldner gewährte Sicherheit schließt aber nicht aus, daß der Pfandschuldner die verpfändete Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnet, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sind.

§ 1280. 1. OLG. Braunschweig, R. **04** 105: Zur Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung aus einem Lebensversicherungsvertrage bedarf es der Anzeige an die Versicherungsgesellschaft. Die Übergabe der Polize an den Gläubiger ist dazu weder erforderlich noch genügend.

2. **RG.** JW. **04** 485, ZVersWiss. **04** 503, DJZ. **04** 1042, R. **04** 577: Die Anzeige gehört zu dem das Pfandrecht erzeugenden Tatbestande. Sie braucht jedoch nicht in unmittelbarem Anschluß an den Verpfändungsakt zu geschehen, sondern ist noch so lange zulässig, als nicht das Recht auf einen anderen übergegangen, oder ein Recht an dem Rechte entstanden, oder der Konkurs über das Vermögen des Verpfänders eröffnet ist. Zur Anzeige sind die Gesamtrechtsnachfolger des Verpfänders, aber auch derjenige berechtigt, der seinen Rechtserwerb auf einen zu seinen Gunsten, als zugunsten eines Dritten, geschlossenen Lebensversicherungsvertrag zurückführt. Aus der Anzeige muß hervorgehen, daß der Verpfänder die Verpfändung als rechtsgültig anerkennt, daß er sie gegen sich gelten lassen will; dies braucht jedoch nicht ausdrücklich zu geschehen. Die Kenntnis des Anzeigenden von der Rechtswirkung der Anzeige ist nicht erforderlich. S. auch o. zu § 409 Ziff. 5.

§ 1281. OLG. 8 139, R. **04** 167 (Kiel): Dem Hypothekengläubiger steht bis zur völligen Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes ein Pfandrecht an der Forderung des versicherten Eigentümers gegen die Versicherungsgesellschaft zu. Die Gesellschaft kann, ohne Zustimmung des Hypothengläubigers, die Versicherungssumme nur an den Gläubiger und den Eigentümer gemeinschaftlich zahlen, solange das Pfandrecht dauert.

§ 1282. RG. JW. **04** 361, R. **04** 448: Der Pfändungspfandgläubiger erlangt durch die Überweisung die gleiche Rechtsstellung wie ein Vertragspfandgläubiger nach Eintritt des Befriedigungsrechts. Ebenso wie gegen diesen, darf auch gegen jenen der Schuldner mit einer gleichartigen, fälligen Forderung aufrechnen, ebenso darf aber auch der Pfändungspfandgläubiger gegen den Schuldner aufrechnen.

*Weigelin a. a. O. 84 Note 50: Hat der Pfandgläubiger das Recht, die Forderung für sich allein einzuziehen (was der Fall ist, wenn die gesicherte Forderung ganz oder zum Teile fällig und auf Geld gerichtet ist), so kann er statt dessen auch aufrechnen (76 ff.). Ebenso kann in diesem Falle der Drittschuldner mit einer ihm gegen den Pfandgläubiger zustehenden Forderung aufrechnen.

§ 1287. 1. *Neuburger a. a. O. 28 ff.: Gehört der geleistete Gegenstand nicht dem Schuldner, so ist für den Erwerb des Pfandrechts maßgebend: im Falle des § 1281 die Gutgläubigkeit des Forderungsgläubigers, im Falle des § 1282 die des Pfandgläubigers.

2. Nußbaum, KGBl. **04** 55: In Analogie von § 1287 ist anzunehmen, daß, wenn der Gläubiger den Übereignungsanspruch seines Schuldners gegen den Leihmöbelverkäufer hat pfänden lassen, das durch die Pfändung erworbene Pfandrecht an diesem Anspruche sich nach Übergang des Eigentums der Möbel auf den Schuldner in ein solches an den Möbeln verwandelt. A. A. Horn, KGBl. **04** 62. S. über diese Frage eingehend o. zu § 267 Ziff. 2.

§ 1292. OLG. 8 197, SächsA. **14** 257, R. **04** 224 (Dresden): Das Pfandindossament, d. h. das zum Zwecke der Verpfändung gegebene äußerlich unbeschränkte Vollindossament, vermag im Zweifel im Verhältnisse zwischen dem Indossanten und dem Indossatar keine wechselmäßige Haftung zu begründen.

§ 1293. OLG. 8 86, 87, R. **04** 166 (Oldenburg und Hamburg): Die Polizen der Gothaer Lebensversicherungsbank sind keine Inhaber-, sondern Legitimationspapiere. § 1293 findet daher keine Anwendung auf sie.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Vorbemerkung: Über Verlöbnis und Ehe, insbesondere über die §§ 1298, 1333, 1353 und 1360 f., sind im Berichtsjahre zahlreiche treffende Entscheidungen von den höheren und höchsten Gerichten gefällt worden, die von einer zeitgemäßen, die Billigkeit berücksichtigenden Auslegung der Gesetzesvorschriften zeugen. Dagegen ist es auf dem Gebiete der Literatur stiller geworden; im allgemeinen sind nur kleinere Abhandlungen über Einzelfragen ohne besonders hervorragende praktische Bedeutung zu verzeichnen; von größeren Werken, die allgemeine Beachtung verdienen, ist nur die Neuauflage von Stölzels Deutsches Eheschließungsrecht (4) zu nennen.

Literatur: Glaser, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem BGB. (Halle, 1904). — Hellwig, Gültigkeit der zweiten Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils, DJZ. **04** 834 ff. — Litten, Die Wirkungen geistiger Störungen auf den rechtlichen Bestand der Ehe, MSchrKrimPsych. **04** 397 ff. — Stölzel, Deutsches Eheschließungsrecht (4). — Strübe, Das Kündigungsrecht des Ehemannes im Sinne des § 1358 BGB., Gruchots Beitr. **48** 295 ff.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. 1. Nach *Glaser ist das Verlöbnis ein Rechtsgeschäft, jedoch nicht ein wechselseitiges Eheversprechen, schon aus diesem Grunde also kein obligatorisches Geschäft (86 ff.). Es ist ein (rein) familienrechtlicher, den

Familienstand der Verlobten (Brautstand) begründender Vertrag (nicht: Vorvertrag): die Verbindung von Mann und Frau zum Zwecke künftiger Ehe, d. i. zum Zwecke der Vorbereitung nicht nur der Eheschließung, sondern auch des dereinstigen Ehelebens mit allen seinen Eigentümlichkeiten. — Vgl. JDR. **1** u. 2 zu § 1297.

Auf Grund des Brautstandes als des Familienstandes der Verlobten sind sich die Brautleute — rechtlich wie sittlich — zur Verlöbnistreue verpflichtet, das ist verpflichtet, dem Zwecke, zu dessen Erreichung sie sich „verbunden" haben, negativ: in nichts zuwiderzuhandeln, positiv: mit ganzer Persönlichkeit und insbesondere auch mit der Ausschließlichkeit zu dienen, die ein Begriffsmerkmal der Treue im engeren Sinne ist.

Erfordernisse sind die allgemeinen, nicht Ehemündigkeit und elterliche Einwilligung (aber Zustimmung des gesetzlichen Vertreters). Vertretung im Willen ist ausgeschlossen ➻ dies als Berichtigung zu 27 ⟵. Die Verlobung ist nach §§ 119 ff. anfechtbar.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 162: Der Begriff des Verlöbnisses wird lediglich durch das gegenseitige Versprechen, die Ehe miteinander einzugehen, erfüllt. Einer Zustimmung der Eltern bedarf es ebensowenig wie bestimmter Förmlichkeiten.

3. OLG. 8 328 (Hamburg): Die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen geschlossenen Verlöbnisses hängt von der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters ab. Vgl. JDR. **2** Ziff. 2 zu § 1297.

§ 1298. 1. *G l a s e r bekämpft die von H e l l m a n n (vgl. JDR. **1** Ziff. 2c zu § 1297) vertretene Deliktstheorie, deren Konsequenzen er dahin festlegt: Unzulässigkeit einer Aufrechnung gegen die Ersatzforderung (im Falle des § 1299 nur bei vorsätzlicher Provokation zum Rücktritte: § 393), Haftbarkeit etwaiger Anstifter (§ 830), Gerichtsstand: § 32 ZPO. Die Deliktstheorie wird aber zu § 1298 nach G l a s e r s Ausführungen schon dadurch widerlegt, daß die Unbegründetheit (= Widerrechtlichkeit des Rücktritts) nicht zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört. Zu § 1299 läßt sie die Quelle der Treuepflicht unerklärt, deren Verletzung ein „Verschulden" im Sinne dieses Paragraphen darstellt.

Der Rücktritt ist eine einseitige empfangsbedürftige (Ausnahme: Eingehung einer anderen Ehe) Willenserklärung. §§ 116 ff. finden Anwendung (Anfechtbarkeit!), nicht dagegen §§ 138, 107.

Rücktrittsgründe sind nur relativ, nie absolut wichtig (ähnlich wie § 1568). Sittliche und rechtliche Rücktrittsgründe decken sich nicht. Die Sitte kennt sogar eine P f l i c h t zum Rücktritte in Fällen (z. B. der Verlobte wird des anderen überdrüssig), wo das Recht ersatzpflichtig macht.

2. a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 356: Die betreffenden Verfügungen des verlöbnistreuen Teiles müssen v o r dem Bruche des Verlöbnisses liegen; über den Zeitpunkt aber, wann der hierdurch verursachte Schaden e i n g e t r e t e n ist, stellt das Gesetz kein Erfordernis auf.

b) **RG. 58** 254: Die Versagung oder Zurücknahme der Einwilligung des Vaters in die Eheschließung kann, wo sie nach § 1305 erforderlich ist, nicht schlechthin und ein für allemal als wichtiger Grund für den einseitigen Rücktritt des Kindes vom Verlöbnis angesehen werden; vielmehr müssen die konkreten Umstände eines jeden Falles hierüber entscheiden. (Vgl. u. Ziff. 2 zu § 1305.) Auch der Vater der verlobten Tochter kann, wenn er aus verwerflichen Gründen die Einwilligung zur Eheschließung versagt, von dem anderen Verlobten auf Ersatz der in Erwartung der Ehe gemachten Aufwendungen in Anspruch genommen werden (255).

c) **RG.** R. **04** 577: In der Revisionsinstanz kann der auf Schadensersatz wegen Rücktritt vom Verlöbnis Beklagte einen neuen wichtigen Grund für diesen Rücktritt nicht mehr geltend machen; es würde dies ein neues tatsächliches und deshalb in der Revisionsinstanz unzulässiges Vorbringen sein.

d) OLG. 8 329, R. **04** 315 (Stuttgart): Der Verlöbnisbruch begründet niemals einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, vielmehr nur einen beschränkten Schadensersatzanspruch, einen Anspruch auf gewisse Arten des negativen Interesses.

§ 1300. OLG. 8 330 (Hamburg): Da es darauf ankommt, ob die Verlobte zu dem Zeitpunkt, als sie ihrem Verlobten den Beischlaf gestattete, noch die Eigenschaft der Unbescholtenheit besaß, diese Eigenschaft ein Mädchen aber nicht mehr besitzt, sobald sie sich einem Manne zum außerehelichen Beischlafe preisgegeben hat, so ist die Eideszuschiebung über die ganz allgemein gehaltene Tatsache, daß die Verlobte sich schon einem anderen Manne preisgegeben habe, zulässig. — Über den Begriff der Unbescholtenheit vgl. IDR. **1** Ziff. 2 zu § 1300, **2** Ziff. 1.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1304. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 108 ff.: Die von einem unter vorläufiger Vormundschaft stehenden Reichsangehörigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters im Auslande geschlossene Ehe ist ungültig.

§ 1305. 1. Goldmann, R. **04** 131: Der Umstand, daß die Ehe der Eltern geschieden und der Mann für allein schuldig erklärt ist, beeinträchtigt das Einwilligungsrecht des Vaters gemäß § 1305 nicht. Durch die Scheidung ist zwar die Sorge für die Person des Kindes auf die Mutter übergegangen (§ 1635), nicht aber andere aus der Vaterschaft entspringende Rechte.

2. **RG.** 58 254: In der Regel wird in der Versagung der elterlichen Einwilligung in die Heirat der Tochter ein „wichtiger Grund" für die zurücktretende Braut zur Lösung des Verlöbnisses gegeben sein, namentlich dann, wenn diese im Lebensalter noch weit unter der Altersgrenze des § 1305 steht. Ganz allgemein läßt sich aber nicht sagen, daß die Versagung der Einwilligung des Vaters den Rücktritt des Kindes rechtfertige. Verweigert der Vater seine Einwilligung aus verwerflichen oder nichtigen Gründen, so kann eine sittliche Verpflichtung, an dem Verlöbnis festzuhalten, unter Umständen wohl bestehen bleiben, und in solchem Falle ist auch die Versagung der Einwilligung als ein wichtiger Rücktrittsgrund nicht anzuerkennen. S. a. o. zu § 1298 Ziff. 2b.

§ 1313. Abs. 2. *Köhne, DJZ. **04** 493: Schwangeren Frauen kann Dispens erteilt werden, wenn sie ihren früheren Ehemann wiederheiraten, falls sie nachweisen, daß von diesem das Kind nicht erzeugt sein kann und der frühere Ehemann inzwischen verstorben ist, endlich wenn sie den gedachten Nachweis führen und der frühere Ehemann zwar noch lebt, aber seit Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der früheren Ehe 270 Tage verflossen sind.

§ 1315. 1. Die vorbehaltenen Landesgesetze über die Erlaubnis für Landesbeamte und für Ausländer teilt Stölzel, Deutsches Eheschließungsrecht 4, für jeden deutschen Bundesstaat mit (81 ff.).

2. *Stölzel a. a. O. 53: Erfordert das Landesrecht für Ausländer ein Zeugnis darüber, daß keine Ehehindernisse bekannt sind, oder eine Erlaubnis oder ein Befreiungsschreiben, — und alle Landesrechte stellen ein solches Erfordernis auf, — so ist damit die Pflicht, das ausländische materielle Eheschließungsrecht auf den Einzelfall anzuwenden, dem Standesbeamten abgenommen und der Behörde, die jene erforderliche Urkunde auszustellen hat, auferlegt.

Zwar nicht auf Grund des Vorbehalts im § 1315, — denn Ausländer sind die Bayern nicht, — wohl aber auf Grund des Versailler Bündnisvertrags

vom 23. 11. 70 besteht kraft besonderen Reservatrechts noch heute das Erfordernis eines polizeilichen Verehelichungszeugnisses für jeden männlichen Angehörigen Bayerns, gleichviel wo er die Ehe schließen will (92 ff.).

3. Gräsel, Der Standesbeamte **29** 196 ff., vertritt die Ansicht, daß die landesgesetzlichen beschränkenden Bestimmungen keine Anwendung gegenüber einem Schweizer Staatsangehörigen finden, der in Deutschland eine Deutsche heiraten will, gleichviel ob sie sich als Erfordernisse des öffentlichen Rechtes (Erlaubnis) oder als solche des bürgerlichen Rechtes (Zeugnis) darstellen.

§ 1319. 1. Die Ausdehnung des Begriffs „Standesbeamter" bezieht sich nicht auf die Eintragung der Eheschließung (vgl. §§ 1324 Abs. 2, 1329 Satz 2), sondern nur auf die mündliche Eheschließungsform des § 1317. Beispiele von formungültigen Ehen, die keinerlei Rechtswirkungen haben, ohne daß die Nichtigkeit mittels der Nichtigkeitsklage festgestellt werden müßte (sog. „Nichtehen"), finden sich in Stölzel, Eheschließungsrecht 77 ff.

2. *Rietsch, Handbuch der Urkundwissenschaft 233, verlangt Verallgemeinerung des in diesem Paragraphen enthaltenen Rechtsgedankens, besonders auch die Ausdehnung auf den Scheinnotar.

§ 1322. Welcher Landesbehörde in den vier Fällen des § 1322 die Bewilligung der Befreiung zusteht, ist für jeden deutschen Bundesstaat angegeben in Stölzel, Eheschließungsrecht 89—123 unter III.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1325. *Litten a. a. O.: Der § 1325 nimmt in seiner Fassung den wesentlichen Inhalt der §§ 104, 105 BGB. in sich auf. Für den gesunden Ehegatten liegt daher die Situation folgendermaßen: Er kann die Nichtigkeitsklage mit Erfolg geltend machen, wenn der beim Eheschlusse geistig gestörte Ehegatte die Ehe nicht vor Abschluß des Verfahrens in rechtsgültiger Weise bestätigt. Es bleibt somit einerseits § 1352 Abs. 2 BGB., andererseits aber auch § 632 ZPO. zu beachten.

§ 1326. Hellwig, DJZ. **04** 834 ff.: Das Ehescheidungsurteil ist ein konstitutiver Staatsakt; es spricht eine Rechtsänderung (die Auflösung der Ehe) aus und vollzieht diese zwecks Realisierung des Scheidungsrechts mit dem Eintritte der Rechtskraft. Hat die Restitutionsklage Erfolg, so wird unter Aufhebung des Scheidungsurteils die Klage als unbegründet abgewiesen. - Diese Aufhebung der Scheidung ist keine Feststellung, sondern ein konstitutiver Rechtsakt; sie ist Wiederherstellung der Ehe. Die Wiederherstellung tritt aber nicht ein, wenn nach Auflösung der ersten Ehe eine Wiederverheiratung stattgefunden hatte. Ist durch Staatsakt ein Rechtszustand geschaffen, so kann dieser zwar durch neuen Staatsakt so rückgängig gemacht werden, daß der alte Rechtszustand wieder auflebt und es so angesehen wird, als ob dieser niemals aufgehört habe. Aber diese Rückwirkung ist insoweit ausgeschlossen, als nicht mehr res integra ist. Sie findet ihre Grenzen in den Rechten, die von Dritten auf Grund jenes Rechtszustandes erworben sind, welcher, kraft Rechtsspruchs hergestellt, durch die staatliche Autorität so lange voll gewährleistet wird, bis er wieder aufgehoben ist. Trotz Aufhebung des Scheidungsurteils bleibt daher die Gültigkeit der zweiten Ehe unberührt.

Diese, auch mit der herrschenden (z. B. von Planck und Dernburg vertretenen) Ansicht im Widerspruche stehende Auffassung bekämpft *Oetker, DJZ. **04** 1030. Er führt u. a. aus: Erfolgreiche Restitutionsklage gegen ein Scheidungsurteil nach Abschluß neuer Ehe seitens des jetzt beklagten geschiedenen Gatten führt nicht nur zur Aufhebung des Scheidungsurteils, sondern auch zur Wiederherstellung der geschiedenen Ehe. Die gegenteilige Meinung Hellwigs, wonach

die zweite Ehe gültig, die erste geschieden bliebe, enthält die begriffliche Unmöglichkeit einer rechtsbeständigen Scheidung trotz rechtskräftig festgestellten Mangels eines gesetzlichen Scheidungsgrundes und eine Erweiterung des gesetzlichen Scheidungsrechts durch Fälle grundloser Scheidung.

Vgl. auch die Erwiderung Hellwigs, DJZ. **04** 1074.

§ 1333. 1. *Prätorius, Homosexualität und BGB.: Der homosexuelle Trieb ist als „persönliche Eigenschaft" aufzufassen. Mit Rücksicht auf die durch die homosexuelle Natur bewirkte Disharmonie zwischen den Ehegatten im Denken, Fühlen und Wollen rechtfertigt die beim Eheabschluß vorhandene Unkenntnis des einen Ehegatten in bezug auf die Homosexualität des anderen die Anfechtung der Ehe unter Umständen auch dann, wenn Potenz des Mannes gegenüber seiner Ehefrau besteht und eine homosexuelle Betätigung seit Beginn der Ehe nicht stattgefunden hat.

2. *Litten a. a. O.: Die „persönlichen Eigenschaften" des nicht anfechtungsberechtigten Ehegatten sind stets auch als „Umstände" zu qualifizieren. Geistige Störungen fallen ganz offenbar hierunter, wenn sie sich als dauernde psychische Anomalie darstellen; nicht dagegen vorübergehende Störungen, es sei denn, daß diese vorübergehende Symptome eines abnormen Zustandes sind. Der Irrtum kann auch darin bestehen, daß die Eigenschaften nicht als krankhafte erkannt werden. Eine arglistige Täuschung kann von einem generell schuldunfähigen Geistesgestörten überhaupt nicht, von einem anderen nur insoweit begangen werden, als sie ihm zum Verschulden angerechnet werden kann. — Ein objektiv berechtigter Anfechtungsgrund ist anzunehmen, wenn infolge der geistigen Störung die eheliche Lebensgemeinschaft in erheblichem Maße gestört oder die Gesundheit der Deszendenz gefährdet erscheint. — Die Tatsache der eingetretenen Eheschließung ist kein die Anfechtbarkeit einschränkendes Moment. Denn nicht ob der Anfechtende die geschlossene Ehe anfechten sollte, sondern, ob er sich zur Eheschließung überhaupt entschlossen hätte, ist nach den Worten des Gesetzes Gegenstand der Untersuchung. — Die Anfechtung ist zu versagen, wenn der Anfechtende damals trotz Kenntnis unverständigerweise geheiratet haben würde.

3. a) **RG.** JW. **04** 114, R. **04** 140; DJZ. **04** 406: Das Gesetz gibt dem Irrenden das Anfechtungsrecht nur, wenn er selbst bei der von ihm vorzunehmenden verständigen Würdigung des Wesens der Ehe von der Eheschließung voraussichtlich würde abgestanden haben, hätte er gewußt, daß der andere Teil mit einem sittlichen Makel behaftet war. Es kommt also subjektiv auch diejenige psychologische Einwirkung in Betracht, welche das Fehlen der vermißten persönlichen Eigenschaften auf den Irrenden selbst in dem konkreten Falle hervorbringen würde. Wenn daher nach der Individualität des Falles anzunehmen ist, daß ihm der fragliche Mangel auch bei einer Kenntnis desselben nicht wichtig gewesen wäre, so steht ihm § 1333 nicht zur Seite.

b) **RG.** JW. **04** 284: Ebensowenig wie die akute vorübergehende Erkrankung selbst, welche heilbar ist und keine wesentlichen Spuren bei dem Kranken hinterläßt, sich als eine persönliche Eigenschaft auffassen läßt, kann auch die Infektion mit einer solchen für eine Eigenschaft gelten. Glaubt ein Ehegatte, daß der physische Mangel, welcher in der Person des anderen bei der Eheschließung vorhanden war, keine dauernden Folgen hinterläßt, daß er insbesondere auch für die aus der Ehe zu erwartende Nachkommenschaft unschädlich ist, und erfährt er erst später, daß sich in beiden Beziehungen dies anders verhält, so ist die „Sachlage", um deren Kenntnis es sich nach § 1333 BGB. handelt, in diesen beiden Fällen nicht dieselbe.

c) **RG.** JW. **04** 204, Gruchots Beitr. **48** 609, SeuffA. **59** 458, läßt die Eheanfechtung seitens der Ehefrau wegen vorehelichen Beischlafs des Ehemanns mit einer verheirateten Frau zu. Vgl. jedoch JDR. **2** § 1333 Ziff. 2.

§ 1337. **RG.** JW. **04** 260, SeuffA. **59** 473, HansGerZ. **04** Beibl. 265, verhält sich über die Unzulässigkeit der Einrede der nach Erlaß eines bedingten Endurteils stattgehabten Aussöhnung der Parteien im Verfahren betr. Läuterung des Urteils (§§ 460 ff., 477, 614 Abs. 1 ZPO.). Vgl. **RG. 42** 372.

§ 1342. *Boschan, Nachlaßsachen II 230, bemerkt zu Abs. 2 Satz 1: Die Mitteilungspflicht besteht nicht nur gegenüber denjenigen, welche, je nachdem die Ehe gültig oder nichtig ist, Erben sind oder es nicht sind, sondern auch gegenüber denjenigen, welche Erben des Verstorbenen sind, mag die Ehe gültig oder nichtig sein.

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 1348. *Ritter, DJZ. **04** 1171 ff.: Mit der Todeserklärung, nicht erst mit der Schließung einer neuen Ehe gilt die alte Ehe als aufgelöst; indessen gelten die 302 Tage nach dem Todestage von der Witwe geborenen Kinder als unehelich, die Ehe zwischen ihrer Mutter und ihrem natürlichen Vater macht sie zu ehelichen Kindern beider. — Ein Beschluß, dem zufolge der Standesbeamte angewiesen wird, die Todeserklärung und den Todestag, die Anerkennung und die Eheschließung der Eltern einzutragen, kann von der Aufsichtsbehörde mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (PStG. § 65, FrGG. § 70).

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

§§ 1353 ff. Biberfeld, Hirths Ann. **04** 172 ff., erachtet ein Beschäftigungsverhältnis des einen Ehegatten bei dem anderen auch gegen Gehalt und Lohn für rechtlich zulässig, indem er zur Unterstützung auf § 2 Abs. 1 Ziff. 3 KrankVG. verweist. Insbesondere führt er aus, daß in gewissen Fällen ein zwischen Mann und Frau abgeschlossener Dienstvertrag wirksam sei, durch den der Mann im Geschäfte der Frau gegen ein bestimmtes Jahresgehalt angestellt werde.

§ 1353. 1. **RG.** JW. **04** 409: Rechtfertigt eine objektive Beurteilung der Sachlage die Annahme, daß Kläger mit dem Verlangen nach Herstellung der häuslichen Gemeinschaft sein Recht mißbrauche, nicht, so können die nur auf der subjektiven Auffassung der Beklagten beruhenden Befürchtungen, daß sie im Falle der Rückkehr weitergehenden Nachteilen für ihre Person ausgesetzt sein würde, eine derartige Feststellung nicht begründen. Abgesehen von der beiderseitigen Verpflichtung, Nachsicht zu üben, kommt keinem der Ehegatten das Recht zu, die Erfüllung seiner Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft davon abhängig zu machen, daß ihm der andere Teil für die Zukunft eine Gewähr für einwandfreie Lebensführung und ernstliche Fürsorge für den anderen Ehegatten und die Kinder biete. Dagegen hat das **RG.** im Urteile vom 3. 10. 04 — R. **04** 631 Nr. 2726 — den Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn ein Ehegatte dem anderen einen gerechtfertigten Grund zur Verweigerung der Herstellung der Gemeinschaft einmal gegeben hat, der gekränkte Ehegatte die Gemeinschaft so lange verweigern kann, bis der andere Teil ihm den Beweis veränderter Gesinnung geliefert hat und eine gewisse Gewähr dafür vorliegt, daß er sich des ehewidrigen Verhaltens nicht mehr schuldig machen werde. Entscheidend ist, so heißt es in der Begründung, ob nach Überzeugung des Richters der beklagte Teil das Vertrauen zum klagenden Ehegatten wiedergewonnen hat oder doch bei vernünftiger Würdigung der Umstände wiedergewonnen haben müßte.

2. **RG.** JW. **04** 409, R. **04** 482: Das Verlangen auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft kann sich auch dann als Mißbrauch darstellen, wenn dem die Herstellung begehrenden Ehegatten ein schuldhaftes Verhalten überhaupt nicht zur Last fällt oder wenigstens die Tatbestandserfordernisse des § 1568 nicht erfüllt sind. Dagegen berechtigt nicht schon die Gefahr, die aus einem beiderseits gewollten ehelichen Umgange für die Gesundheit der Frau entstehen kann, diese, die Wiederherstellung der Gemeinschaft zu verweigern, weil jene Gefahr sich aus der ehelichen Gemeinschaft als solcher ohne weiteres ergibt.

3. **RG.** HansGerZ. **04** Beibl. 108: Eine von ihrem geschlechtskranken Manne angesteckte Frau kann verlangen, auch schon gegen die Zumutung erneuten Geschlechtsverkehrs geschützt zu sein. Schon das Zusammenleben in gemeinsamer Wohnung und schon die bei der Art der Krankheit (Syphilis) gerechtfertigte Empfindung des Ekels kann ihre Gesundheit gefährden und jede Gemeinschaft zu einem unleidlichen Zwange machen. Zwar ist selbstverständlich, daß nicht jede, selbst ekelerregende Krankheit des einen Ehegatten den anderen Teil zum Getrenntleben berechtigt. Wohl aber wird der Frau dieses Recht nicht bestritten werden können, wenn die Krankheit durch Schuld des Mannes und vollends, wenn sie durch Verletzung der ehelichen Treue verursacht ist.

4. OLG. Posen, PosMschr. **04** 106, R. **04** 449: Ist die wegen Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verklagte Frau der Aufforderung zur Herstellung oder Erhebung der Scheidungsklage in der gesetzten Frist nicht nachgekommen, so darf sie sich auf die dem verwirkten Scheidungsanspruche zugrunde liegenden Tatsachen nicht wiederum dafür berufen, daß das Verlangen des Mannes als Rechtsmißbrauch sich darstelle.

§ 1354. 1. *Giesker, Das Recht an der eigenen Geheimsphäre 64, bemerkt: Dem Manne steht ein Kontrollrecht zu über seine Gattin, das deren Recht an der Geheimsphäre beschränkt. Ausgenommen hiervon ist nur das Sondervermögen der Frau. Das Kontrollrecht muß aber die Geheimnisse Dritter schonen. S. Näheres o. zu § 826 Ziff. 3.

2. Goldmann, DJZ. **04** 65 ff.: Das Entscheidungsrecht des Mannes erstreckt sich nur auf gemeinsame Angelegenheiten beider Ehegatten, nicht auf die besonderen Angelegenheiten der Frau.

Ein Recht, die Briefe seiner Frau zu öffnen, steht dem Ehemanne nicht zu.

3. **RG. 55** 419, JW. **03** Beil. 146: Gemäß Abs. 2 kann die befugt getrennt lebende Frau Schutz gegen beeinträchtigende Anordnungen des Ehemanns beanspruchen, welche darauf abzielen, auf sie und ihren Verkehr mit dem Kinde einen unberechtigten Zwang auszuüben.

§ 1358. *Strübe, Gruchots Beitr. **48** 295 ff., behandelt das Kündigungsrecht des Ehemanns im Sinne des § 1358 und stellt u. a. folgende Sätze auf:

a) Zur Ausschließung des Kündigungsrechts kann es nicht genügen, daß die Ehefrau fakultativ die Leistung in Person oder durch einen anderen bewirken kann; vielmehr ist hierzu erforderlich, daß nach den Umständen des Falles die Absicht der Vertragschließenden dahin geht, daß nicht die Ehefrau, sondern ein anderer leiste.

b) Ob die Leistungen der Ehefrau in oder außer dem Hause zu bewirken sind, sowie welche Zeit sie in Anspruch nehmen, begründet keinen Unterschied.

c) Das Amt des Testamentsvollstreckers — nicht das des Vormundes und Konkursverwalters — gehört zu denjenigen Rechtsverhältnissen, auf die § 1358 Anwendung findet.

d) Kündigung ohne Einhalten einer Frist bedeutet die Aufhebung des Rechtsverhältnisses durch dahingehende Erklärung des Mannes mit der Wirkung sofortigen Erlöschens.

e) Die Rechtsfolgen der Kündigung machen sich bemerkbar α. zwischen Ehefrau und Dritten: von rückständigen Leistungen abgesehen, ist die Ehefrau nicht mehr verpflichtet; sie muß die begonnene Tätigkeit jedoch soweit fortsetzen bzw. zu Ende führen, als die Verkehrssitte im gegebenen Falle es verlangt; β. zwischen Mann und Dritten: ein Anspruch auf Schadensersatz steht dem Dritten gegen den Mann wegen Ausübung des Kündigungsrechts nicht zu. Der Mann ist nicht befugt, von dem Dritten die Unterlassung der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses mit der Frau zu verlangen; γ. zwischen Mann und Frau: der Mann hat der Ehefrau gegenüber keinen obligatorischen Anspruch darauf, daß letztere nach Kündigung des Rechtsverhältnisses ihre Tätigkeit aufgibt.

f) Voraussetzung ist die durch das Vormundschaftsgericht dem Manne erteilte Ermächtigung. Der Vormundschaftsrichter hat bei der Entscheidung, ob eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen anzunehmen sei, den Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen — Notwendigkeit einer Erwerbstätigkeit der Frau?

g) Die Weigerung braucht nicht eine ausdrückliche zu sein; eine stillschweigende Weigerung darf aber nur dann als vorliegend angesehen werden, wenn ein Zweifel darüber, daß die Zustimmung nicht erteilt werde, ausgeschlossen ist.

h) Auch diejenigen Rechtsverhältnisse, die vor Eingehung der Ehe entstanden sind, können vom Manne gekündigt werden.

§§ 1360, 1361. 1. Pfennig, R. **04** 13: Weigert sich der Mann ohne gesetzlichen Grund, die Frau bei sich aufzunehmen, so würde er wider Treu und Glauben handeln, wollte er sich darauf berufen, daß er nur verpflichtet sei, der Frau in der häuslichen Gemeinschaft Unterhalt zu gewähren. Er kann sich deshalb nicht auf § 1360 Abs. 3 beziehen, es kommt vielmehr lediglich die allgemeine Bestimmung des § 1360 Abs. 1 zur Anwendung.

Im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten ist der Unterhaltsanspruch nur dann begründet, wenn einer der Ehegatten die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verweigern darf und verweigert.

2. Begemann, R. **04** 727: Richtet die von ihrem Manne getrennt lebende Ehefrau ihren Unterhaltsanspruch klagend auf eine Geldrente, so gibt sie den Willen zu erkennen, sich mit der bloß eine Ausnahme von der Regel darstellenden Form der Unterhaltsgewährung des § 1361 zu begnügen, ohne mit dem Ehegatten über dessen Befugnis, die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern zu dürfen, streiten zu wollen. — Es braucht kein Streit über die Berechtigung des anderen Ehegatten, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, vorzuliegen, um den § 1361 anwendbar zu machen.

3. a) **RG.** JW. **04** 294: Auch im Falle des § 1361 besteht für den Unterhaltsanspruch der Frau im Vergleiche mit dem Unterhaltsanspruche der Verwandten der Unterschied, daß, während der Anspruch der Verwandten nach § 1602 eine Bedürftigkeit des Berechtigten erfordert und er in seinem Umfange sich gemäß § 1610 nach dem Lebensbedarfe des Berechtigten bestimmt, die Frau von dem Manne den Unterhalt gemäß § 1360 Abs. 1 nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit zu beanspruchen hat. Die den Unterhalt nach § 1361 verlangende Frau hat daher klagend nur nachzuweisen, daß die verlangte Unterhaltsrente in diesen drei Beziehungen den Verhältnissen des beklagten Mannes entspricht. Nicht zur Klagebegründung, sondern zur Begründung des Einwandes des Mannes aus Abs. 2 des § 1361 gehört eine Darlegung der auf beiden Seiten bestehenden Bedürfnisse sowie eine Klarstellung der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Frau, damit auf solcher Grundlage unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit über einen Wegfall oder eine Einschränkung der Unterhaltspflicht entschieden werden kann.

RG. EisenbE. **20** 261: Eine nach dem Unfall erfolgte Verheiratung der schadensersatzberechtigten Frau mindert nicht ohne weiteres den Umfang der an sich begründeten Ersatzpflicht. Die Möglichkeit selbständigen Erwerbes besteht auch für die Ehefrau, und der der Verletzten gegen ihren nunmehrigen Ehemann zustehende Unterhaltsanspruch schließt ihren Anspruch auf Ersatz wegen Minderung oder Verlust ihrer Erwerbsfähigkeit nicht aus.

b) KG. R. **04** 140: Der Geldrentenanspruch der Ehefrau kann auch auf § 1360 gestützt werden, und zwar dann, wenn die Unterhaltsgewährung durch Naturalverpflegung in der häuslichen Gemeinschaft aus irgendwelchen Gründen nicht ausführbar ist.

OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **37** 169: Der Anspruch auf Unterhaltsgewährung gemäß § 1360 „in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise" setzt eine mindestens noch nicht gänzlich aufgehobene Lebensgemeinschaft voraus und ist daher ausgeschlossen, wenn bei nicht bestehender Lebensgemeinschaft die Herstellung derselben seitens des in Anspruch Genommenen geweigert wird.

Vgl. auch OLG. Jena, R. **04** 386: Die getrennt lebende Ehefrau, welche auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt, die ihr angebotene Art der Wiedervereinigung aber mit Recht abgelehnt hat, kann Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente beanspruchen.

c) OLG. Zweibrücken, R. **04** 362: Wenn zum Unterhalte der getrennt lebenden Frau die Einkünfte des in der Hand des gütergemeinschaftlichen Ehemanns vereinigten Gesamtguts nicht ausreichen, so muß die Substanz desselben angegriffen werden.

d) OLG. **9** 445 (Hamburg): Für die Unterhaltspflicht von in Deutschland wohnenden Ehegatten gilt deutsches Recht, auch wenn sie Ausländer sind.

e) OLG. **8** 343 (Colmar): Die Unterhaltspflicht des Ehemanns umfaßt auch die Verpflichtung, im Falle der Erkrankung der Frau für deren ärztliche Behandlung auf seine Kosten zu sorgen. Derjenige Arzt, welcher die Erfüllung dieser Pflicht dadurch bewirkt, daß er die ärztliche Hilfe der Frau leistet, handelt als Geschäftsführer ohne Auftrag. Bei bedenklichen Erkrankungen liegt die Behandlung der Frau durch einen als tüchtig bekannten Spezialarzt im Interesse des Mannes. Dieser muß daher für die Kosten aufkommen, sofern er nicht der Zuziehung eines Spezialisten unzweideutig widersprochen hat.

f) OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 39: Der Ehemann kann einen als wirtschaftliche Beihilfe für das Ehepaar versprochenen Zuschuß selbständig einklagen, auch wenn die Frau von ihm getrennt lebt, weil als Empfänger des Zuschusses mangels anderweiter Bestimmung nur derjenige gedacht sein kann, der grundsätzlich für den ehelichen Aufwand zu sorgen hat.

Sechster Titel. Eheliches Güterecht.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Wieruszowski, Handbuch des Eherechts Bd. II.

§ 1363. *Kähler, Entschädigungsanspruch für Strafe und Untersuchungshaft 41/42: Der Entschädigungsanspruch der Frau aus den Ges. v. 20. 5. 98 und 14. 7. 04 gehört zum eingebrachten Gute.

§ 1365. Wieruszowski 204: Das Vorbehaltsgut ist ein Sondervermögen, dessen Veräußerung den Bestimmungen der §§ 310, 311, 419, 1085 BGB. unterliegt.

§ 1366. 1. Wieruszowski 149, 234 verlangt zur Anwendung des § 1366 daß die Sache subjektiv zum persönlichen Gebrauche für die Frau bestimmt ist und objektiv als eine solche nach ihrer Beschaffenheit erscheint.

Deshalb schließt er gegen Jastrow, Recht der Frau 40, für Geld und (gegen Opet zu § 1366) für Immobilien die Unterordnung unter diese Bestimmung aus (a. a. O. 235).

2. Wieruszowski a. a. O. 232: Überläßt der Ehemann solche unter § 1366 fallenden Sachen der Frau zum ausschließlichen persönlichen Gebrauche, so ist die Absicht der Eigentumsübereignung an die Frau zu vermuten. (Gegen **Ullmann.**)

3. Wieruszowski a. a. O. 233: Erwirbt der Mann Gegenstände der im § 1366 bezeichneten Art mit Mitteln des Eingebrachten, so ist § 1381 entsprechend anzuwenden.

§§ 1366, 1367. Erwerbsgeschäft der Ehefrau. 1. Wieruszowski 248—275: Erwerbsgeschäft ist jedes Unternehmen, das dauernde Erwerbsquelle sein soll und diese Zweckbestimmung äußerlich hervortreten läßt, also entweder ein Beruf mit dem Einsatz lediglich persönlicher Arbeitskraft oder ein Betrieb mit kapitalistischer Grundlage auf den Namen der Frau. Vgl. JDR. **1** zu § 1367.

2. Wieruszowski 248—275: Selbständigkeit des Betriebs bedeutet rechtliche Unabhängigkeit vom Manne. Vgl. JDR. **1** zu § 1367.

Folgerungen. Selbständig ist

a) jeder Betrieb, der lediglich auf persönlicher Tätigkeit beruht;

b) jeder Betrieb, der mit Mitteln des Vorbehaltsguts oder fremden Mitteln geführt wird;

c) jede offene Beteilignng an einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes und Handelsrechts, auch als Kommandistin;

d) auch der Betrieb, der auf Mitteln des eingebrachten Gutes ruht, soweit die Frau sich nicht vertraglich gebunden hat. Der Mann kann einen solchen Betrieb kraft seines Verwaltungsrechts nicht auf den Namen der Frau ohne deren Zustimmung weiterführen, und deshalb bleibt die Ehefrau selbständig, bis der Mann den Betrieb hemmt.

3. Der Ehemann kann den Fortbetrieb des selbständigen konsentierten Erwerbsgeschäfts nicht übernehmen.

So OLG. Dresden, OLG. **9** 148, ZBlFrG. **4** 847, R. **04** 530, weil es in ausführlicher Begründung unter Verwerfung der anderen Ansichten Dernburg (vgl. JDR. **1** zu § 1367 Nr. 4) darin beitritt, daß die Bestandteile Vorbehaltsgut sein müßten.

RG. 59 25, ZBlFrG. **5** 487, JW. **05** 22, R. **05** 108 stellt die Entscheidung über die Vorbehaltsqualität der Geschäftsbestandteile dahin, verneint aber die Berechtigung des Ehemanns zu diesem Eingriffe, weil ihm nur Klage aus § 1354 zustehe, die fehlende Zustimmung hier nicht nach § 1379 ersetzt werden dürfe.

4. Wieruszowski 292 ff. — gegen Planck zu § 1376, Schmidt zu § 1376, Ullmann, Eheliches Güterrecht 97 — führt aus, daß auch, wo die Mittel des Erwerbsgeschäfts eingebrachtes Gut sind, der Ehemann das Geschäft auf seinen Namen ohne Zustimmung der Frau nicht fortführen könne.

5. Wieruszowski 260: Falls die Ehefrau als Handelsgesellschafterin von der Geschäftsführung ausgeschlossen, kann der Ehemann auf Grund seines Verwaltungsrechts die Kontrollrechte aus § 118 HGB. ausüben. Gegen Staub zu § 118 Anm. 3 und Ullmann, JW. **02** 52.

6. Bei einem selbständigen Erwerbsgeschäfte mit Mitteln des Eingebrachten ist jeder Geschäftserwerb, der mit den Stammwerten eingebrachten Gutes oder dessen Nutzungen erzielt wird, sowie der Reingewinn Vorbehaltsgut, während die

Nutzungen der eingebrachten Betriebsgegenstände, selbst wenn sie im Geschäftsbetriebe erzielt werden, dem Manne zufallen.

So Wieruszowski 280/81 gegen Planck zu § 1376, Schmidt zu § 1376, die das Erwerbsgeschäft als wirtschaftliches Ganze der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterstellen.

7. KG., DJZ. **04** 124 läßt die Klage auf Löschung eines für das konsentierte Geschäft eingetragenen Warenzeichens gegen beide Eheleute zu. Ullmann a. a. O. 642 hält den Mann nicht für passiv legitimiert, höchstens für eine Feststellungsklage.

§ 1368. Gegen die herrschende Meinung nimmt Wieruszowski 211 an, eine Quote des gegenwärtigen Vermögens könne zum vertraglichen Vorbehaltsgute bestellt werden.

§ 1369. Wieruszowski 217 ff.: Der Erwerbszeitpunkt ist gleichgültig. Vgl. JDR. **1** u. **2**.

Die Wirksamkeit erstreckt sich auch auf eine zweite Ehe. Gegen Schmidt Note 6.

§ 1370. Wieruszowski 312 ff.: Rechtsgeschäfte, welche sich auf das Vorbehaltsgut beziehen, sind nur solche, durch welche die Frau für das Vorbehaltsgut erwerben will und deren Erwerbserfolg in einem wirtschaftlichen Zusammenhange mit vorhandenem Vorbehaltsgute steht. Erwerb auf Personalkredit wird auch trotz ausdrücklicher Erklärung der Frau nicht Vorbehaltsgut. Gegen Planck, Kuhlenbeck.

§ 1371. Wieruszowski 340: Bei der Verteilung der Beiträge zwischen Mann und Frau ist bezüglich des ersteren nicht nur der Stand seines Einkommens, sondern auch der Wert des Stammvermögens zu berücksichtigen. Gegen die herrschende Meinung vgl. Schröder 45, Planck, Schmidt zu § 1427.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§§ 1373 ff. Wieruszowski 522 ff.: Wenn auch keine Vermutung für den Normalgüterstand streitet, hat jeder Richter, welchem die Pflicht der Wahrheiterforschung obliegt, und dem eine Ehefrau gegenübertritt, an der Verfügungsfähigkeit, soweit sie durch den Mann beschränkt sein kann, zu zweifeln und die Amtshandlung so lange abzulehnen, bis ihm der Nachweis der Verfügungsberechtigung erbracht wird. (Gegen Ullmann 152 ff.)

Das gilt von der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit eine obrigkeitliche Mitwirkung zur formellen Gültigkeit oder zur materiellen Perfektion eines Rechtsakts notwendig ist, bei der streitigen Gerichtsbarkeit für die Zwangsvollstreckung und den Verwaltungsstreit, für die vermögensrechtlichen Klagen soweit, als der Vortrag selbst die Verfügungsberechtigung nicht ausdrückt.

§ 1379. BayObLG., JDR. **2** zu § 1447, auch DJZ. **04** 367.

§ 1380. 1. OLG. Königsberg, PosMschr. **04** 88, R. **04** 449: Der Ehemann kann ohne Zustimmung der Ehefrau keine Forderung kündigen, der Hypothekenschuldner kann jedoch Feststellungsklage über die Unwirksamkeit der Kündigung erheben.

2. OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 40: Der Ehemann kann einen vereinbarten Zuschuß des Schwiegervaters allein einklagen, auch wenn die Ehefrau von ihm getrennt lebt, weil derselbe dem Eheaufwande dienen soll.

§§ 1384 ff. Jacobsohn, Die Ansprüche der Ehefrau gegen den Ehemann.

§ 1387. 1. KGBl. **04** 55, R. **04** 530 (KG.): Die im Armenrechte klagende Ehefrau hat keinen Vorschußanspruch bezüglich der Kosten, welche sie zur Zeit nicht zu zahlen verpflichtet ist.

2. **RG.** HansGZ. **04** Beibl. 208: Die Vorschußpflicht des Ehemanns wird dadurch, daß ihm das Armenrecht gewährt ist, nicht beseitigt.

Vgl. JDR. **1** u. 2.

§ 1391. 1. **RG. 57** 161, JW. **04** 234: Das Recht aus § 1391 erlischt nicht dadurch, daß die Frau nach dem Eintritte der Rückgewährverpflichtung dem Manne Darlehen gewährt.

2. BayObLG. **5** 195, R. **04** 315: Ob das Verhalten des Mannes auf Absicht, Fahrlässigkeit, Unerfahrenheit, Unfähigkeit beruht, ist gleichgültig.

§§ 1395, 1398, 1399. 1. BreslAK. **04** 12 (KG.): Die Frau bedarf keiner Zustimmung des Ehemanns für den Beitritt zu einer Genossenschaft.

2. KGJ. **27** 166, OLG. **8** 344, RJA. **4** 76, R. **04** 355, ZBlFrG. **5** 43 (KG.): Die Ehefrau kann als Pfleger des Ehemanns sich selbst die Zustimmung erteilen.

3. **RG. 58** 36, JW. **04** 234: Die Frau kann eingebrachtes Gut ohne Zustimmung des Ehemanns verpachten. Der Pächter kann zwar die Erfüllung gegen den Ehemann nicht erzwingen; erlischt dessen Verwaltungsrecht, so können seine Rechtsnachfolger den Pachtvertrag nicht anfechten.

4. KGJ. **26** 283, OLG. **9** 446, SeuffA. **60** 108 (KG.): Die Frau kann beim Erwerb eines Grundstücks ohne Zustimmung des Ehemanns die Kaufgeldhypothek bewilligen. — Aus analogen Gründen, wie im Falle des § 1445 für den Mann entschieden.

5. **RG.** (Str.) **35** 78: Das eingebrachte Gut, welches die Frau ohne Zustimmung des Mannes in die von ihr gemietete Wohnung einbringt, unterliegt dem Pfandrechte des Vermieters.

Dagegen führt Jacubetzki, R. **04** 324, aus, daß die Frau niemals allein das eingebrachte Gut, sondern nur sich verpflichten könne.

6. OLG. 8 332, R. **04** 315 (KG.): Ererbtes Vermögen wird schon mit dem Erbanfall eingebrachtes Gut, so daß eine Verfügung darüber auch vor der Auseinandersetzung der Zustimmung des Mannes bedarf.

7. OLG. 8 333 (KG.); BayObLG. SeuffA. **59** 260: Die Zustimmung des Mannes muß keine ausdrückliche sein, kann aus einer anderen Erklärung in der über den Rechtsakt aufgenommenen Urkunde entnommen werden. Sie muß nicht der Frau gegenüber erklärt werden, sondern die Abgabe in einer dem Grundbuchamt überreichten Urkunde genügt.

8. OLG. Naumburg, R. **04** 631, ZBlFrG. **5** 568: Der Mann kann ohne Ehevertrag der Frau ganz allgemein die Verfügung über ihr Eingebrachtes erteilen.

§ 1400. Abs. 1. 1. HansGerZ. **04** Beibl. 220 (Hamburg): Zahlung der Anwaltskosten und Informationserteilung an den Anwalt genügen nicht allein, um eine Zustimmung im Sinne des Gesetzes festzustellen.

2. Vgl. zu § 1454.

Abs. 2. **RG.** JW. **05** 81: Die Zustimmung gehört zur Klagebegründung, sie muß behauptet werden, jedoch kann die Behauptung aus konkludenten Handlungen gefolgert werden. Ihr Mangel kann noch in der Revisionsinstanz gerügt werden.

§ 1411 (§ 739 ZPO.). 1. **RG.** JW. **05** 49: Bei Verbindung der Klage gegen die Ehefrau mit der aus § 739 gegen den Ehemann sind die Eheleute nicht notwendige Streitgenossen. Ebenso Linsmayer, Verbindung der Klagen wegen Duldung und Leistung der Zwangsvollstreckung, Buschs Z. **33** 34.

2. Wenn der Mann sofort anerkennt, hat er die Kosten nicht zu tragen. Eine Urkunde aus § 794 ZPO. muß er auf Aufforderung des Gläubigers gewähren, wenn er Verzug und Kostentragung abwehren will, aber nur auf Kosten

des Gläubigers. Linsmayer a. a. O. gegen die Praxis, welche Ausstellung auf Kosten des Mannes verlangt. Vgl. JDR. 1, 2 zu § 1441.

3. OLG. München, SeuffBl. 04 351: Die beschränkte Haftung des Mannes ist kumulative gesetzliche Schuldsukzession, für die Duldungsklage der Rechtsweg daher nur zulässig, wenn er für den Anspruch gegen die Frau gegeben ist, also z. B. ausgeschlossen bei öffentlichen Abgaben.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. (§ 741 ZPO., § 1405 BGB.). LG. Stettin, PosMschr. 04 116: Die Bezeichnung der Ehefrau als selbständiger Gewerbetreibenden im rechtskräftigen Versäumnisurteile genügt nicht zur Vollstreckung. Der Grundbuchrichter kann nachprüfen, ob die Voraussetzungen zutreffen.

§§ 1412—1414. 1. Wieruszowski 407 ff.: Der Ehemann kann die aus einem Rechtsgeschäft entspringende Vorbehaltsschuld zu einer Vollschuld umwandeln und eigenmächtig aus dem Eingebrachten decken, in der Aufrechnung einer zum eingebrachten Gute gehörigen Forderung liegt die Genehmigung der Vorbehaltsschuld als Vollschuld.

Dagegen kann der Mann die Vorbehaltsschulden aus §§ 1413, 1414 nicht umwandeln. Hierzu bedarf es eines Rechtsgeschäfts der Frau dem Gläubiger gegenüber und Zustimmung des Mannes.

2. Auch die Kosten des Strafprozesses ordnet Wieruszowski (423) abweichend von der herrschenden Meinung dem § 1412 unter. Im Verhältnisse der Ehegatten untereinander trägt aber das vorbehaltene Vermögen nur dann diese Schuld, wenn die Frau wegen einer während der Ehe begangenen Tat verurteilt wird. Dann kann bei Leistung aus dem Eingebrachten der Mann Ausgleichung fordern, während bei Freisprechung die Frau die Ausgleichung der aus dem Vorbehaltsgute gezahlten Verteidigungskosten verlangen kann. Wieruszowski 432 ff., 445.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. Gegen KGJ. 27 A 27, DJZ. 04 268, OLG. 8 150, JDR. 2 N. 2 wendet sich Ullmann, DJZ. 04 642: Die einstweilige Verfügung hebt die Rechte des Mannes zwar zeitlich beschränkt, aber sonst vollständig auf. Die Frau wird ganz frei.

5. Gütertrennung.

§§ 1427, 1428. Wieruszowski 331 ff.: Die Beitragspflicht der Frau besteht unabhängig von dem Unterhaltsanspruch, kann auch bei getrenntem Leben eintreten, wenn gemeinschaftliche Kinder vorhanden, weil durch den Unterhalt der Kinder eine eheliche Aufwandspflicht des Mannes erzeugt wird.

a) Die Frau hat den Mann grundlos und wider dessen Willen verlassen. Hat der Mann die Kinder behalten, so mindert sich die Beitragspflicht nur um die Unterhaltskosten der Frau, hat diese die Kinder mitgenommen, so hat sie ebenfalls zum Unterhalte der Kinder beizutragen.

b) Der Mann hat grundlos die Gemeinschaft aufgehoben oder die Frau ihn aus berechtigtem Grunde verlassen.

Sind die Kinder bei dem Manne, so muß die Frau an sich zu deren Unterhalt beitragen, kann aber mit ihrer eigenen Unterhaltsforderung aufrechnen. Sind die Kinder bei ihr, so kann sie die Beträge, zu denen sie an sich verpflichtet ist, zur eigenen Verwendung zurückbehalten. Die Unterhaltslast des Mannes mindert sich also um die Beitragspflicht der Frau.

§ 1430. Satz 1. Wieruszowski 491 ff. gegen Ullmann 308: Der Mann hat kein persönliches oder dingliches Recht auf Nutzungsgenuß des seiner Verwaltung unterstehenden Vermögens, er wird jedoch Eigentümer der gezogenen

Einkünfte mit deren Hebung, weil die Eheleute sich darüber einig sind, daß das Eigentum der den Einkommensbezug bildenden Vermögenswerte zum Zwecke des Verwendungsrechts in das Eigentum des Ehe manns übergehen soll. Vgl. JDR. **2** zu § 1430. Die Einkünfte des vorbehaltenen Erwerbsgeschäfts gehen nach Wieruszowski 483 erst mit Aneignung des Reinertrags nach dem Ablaufe der üblichen Geschäftsperiode in sein Eigentum über.

Satz 2. Während Planck, Staudinger, Schmidt, Ullmann 309 annehmen, daß die Frau auf die Befugnis, durch einseitige Bestimmung das freie Verwendungsrecht des Mannes jederzeit beschränken oder auszuschließen, verzichten könne, führt Wieruszowski 504 ff. aus, daß ein solcher Verzicht nur in Form und Inhalt eines Pachtvertrags oder Schenkungsvertrags vereinbart werden könne, je nachdem der Mann für den Verzicht Entgelt gewährt oder nicht.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht:

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. OLG. **8** 334, R. **04** 224 (Colmar); BayObLG. **5** 234, R. **04** 335: Ehevertrag kann auch in bezug auf einen bestimmten Gegenstand geschlossen werden. Vgl. dagegen ZBlFrG. **5** 352 (Leipzig): Die Eheleute können in bezug auf einen bestimmten Gegenstand keinen besonderen Güterstand vereinbaren.

2. BayObLG., R. **04** 362: Verträge, welche die Unterhaltspflicht für den Scheidungsfall regeln, sind keine Eheverträge.

3. LG. Ostrowo, PosMschr. **05** 8: Ein Ehevertrag, durch welchen alles zu erwerbende Gut für Vorbehaltsgut der Frau erklärt wird, ist nichtig und kann von Amts wegen im Güterrechtsregister gelöscht werden.

4. BayObLG., ZBlFrG. **5** 568, R. **05** 17: Die Vereinbarung über die Auseinandersetzung bei Umwandlung des Güterstandes ist kein Ehevertrag.

5. KGJ. **27** A 80, OLG. **9** 447 (KG.): Bei Vereinbarung des gesetzlichen Güterrechts muß erklärt werden, ob Verwaltungsgemeinschaft oder Gütertrennung gewollt ist. Sonst kann nicht eingetragen werden.

6. Anfechtbarkeit von Eheverträgen wegen Benachteiligung der Gläubiger. Vgl. **RG.** JW. **04** 152, 183, Gruchots Beitr. **48** 958, **Ullmann**, JW. **04** 129, Meikel, BayNotZ. **04** 60 ff., R. **05** 73, Meyer, JW. **04** 32, ZBlFrG. **5** 1 ff., Neukamp, R. **04** 514, Hamm, DJZ. **05** 54, Ritter, R. **05** 10, OLG. **9** 448 (Cöln).

Das RG. erklärt in den Entscheidungen in der JW. den Vertrag, der Gütertrennung eingeführt, als unentgeltliche Verfügung für anfechtbar. In der Entscheidung, Gruchots Beitr. **48** 958, läßt es die Frage der Anfechtbarkeit des Gütertrennungsvertrags dahingestellt, die Auseinandersetzung dagegen sieht es als entgeltlichen Vertrag und anfechtbar an. Ullmann, Meikel, Meyer halten die Anfechtung des Gütertrennungsvertrags für ausgeschlossen.

Die Verwandlung eingebrachter Vermögensstücke in Vorbehaltsgut erklärt Meyer a. a. O. ebenfalls für unanfechtbar, dagegen unterwirft er die Umwandlung des Vorbehaltsguts in eingebrachtes Gut der Anfechtung durch die Gläubiger der Frau. Der Vertrag, durch welchen allgemeine GG. eingeführt wird, ist nach Meikel unentgeltlich, nach Ullmann und Meyer entgeltlich. Die Anfechtuug wird auch von den letzteren ausgeschlossen.

7. Unzulässig sind Eheverträge, welche mit einer gesetzlich zwingenden Vorschrift des betreffenden Güterstandes, nicht aber schon mit dem Wesen desselben, unvereinbar sind. Schmidt N. 6d zu § 1432 gegen Planck und OLG. **7** 53 (Colmar). (Vgl. JDR. **2** zu § 1432 Ziff. 2 II.)

8. KGJ. **28** A 190: Die Fortsetzung der GG. nach dem Tode des Ehegatten kann nur dann vereinbart werden, wenn bei Lebzeiten der Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft besteht.

§ 1435. 1. OLG. **8** 335, R. **04** 315 (Hamburg): Ausschluß der fortgesetzten GG. bedarf zur Wirksamkeit der Eintragung in das Güterrechtsregister gegenüber den Gläubigern.

2. Wieruszowski 184, 185, 542 ff.: Der Schutz des § 1435 (Verläßlichkeitsschutz) erschöpft sich in der negativen Funktion, daß der Dritte vor Nachteilen geschützt wird. Will der Dritte sein Recht aus einer vom Normalgüterstand oder Register abweichenden Regelung herleiten, so steht ihm der tatsächliche Rechtszustand zur Seite.

3. Wieruszowski: Die güterrechtlichen Eintragungen haben außer der Wirkung, daß sie den Verläßlichkeitsschutz zerstören, folgende Bedeutung:

a) Sie geben einen formalen Legitimationsnachweis für Grundbuch, Schiffsregister sowie alle Fälle, in denen Behörden die Verfügungsmacht eines Ehegatten von Amts wegen prüfen müssen (570).

b) Sie beeinflussen die Beweislast im Zivilprozesse. Wer die materielle Richtigkeit des Registers bestreitet, hat die Unrichtigkeit zu beweisen (574).

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1438, 1439. 1. BayObLG. **5** 107, SeuffA. **59** 326, R. **04** 193, ZBlFrG. **5** 565: Der Anteil an einer fortgesetzten GG., in welcher die gütergemeinschaftliche Frau als Abkömmling steht, ist nicht Bestandteil der Gütergemeinschaft, unterliegt aber dem Verwaltungsrecht des Ehemanns. Ebenso Schmidt § 1487, R. **04** 386. Vgl. JDR. **2** zu § 1487.

2. OLG. **8** 336, R. **04** 315 (Posen): Der Anfechtungsanspruch gehört nur dann zum Gesamtgute, wenn die Forderung, zu deren Gunsten er erhoben wird, Bestandteil der GG. ist.

3. BayObLG. **4** 782, ZBlFrG. **5** 65, SeuffA. **59** 151, RJA. **4** 108, OLG. **9** 450, KGJ. **27** C 303: Wirksamkeit des Erwerbes eines Grundstücks für das Gesamtgut tritt auch ein, wenn der erwerbende Ehegatte nicht erklärt, daß er für das Gesamtgut handelt. Der Grundbuchrichter darf von Amts wegen keine Aufklärung verlangen, sondern hat nur den Erwerber einzutragen. Vgl. JDR. **1** Note 2.

§ 1442. Schmidt, Note 2b gegen OLG. **4** 343 (Königsberg), Opet Note 1a: Nur der dingliche, nicht auch der obligatorische Vertrag ist unwirksam. Vgl. JDR. **1** § 1487 Abs. 4.

§ 1443. (§ 1404.) Schmidt, Note 5b, läßt sowohl, wenn dem mit der Frau kontrahierenden Dritten deren Verheiratung, wie wenn ihm ihre Gütergemeinschaft unbekannt geblieben, nur die Grundsätze über den Eigentumserwerb des Gutgläubigen gelten; im letzten Falle wird aber der Dritte kein Eigentum erwerben können, weil er immer mindestens die Einwilligung des Mannes nach § 1395 als notwendig ansehen mußte. Vgl. JDR. **1** § 1443 Note 4, **2** Note 2.

§§ 1443, 1445. 1. ZBlFrG. **5** 71, OLG. **8** 338, R. **04** 335, KGJ. **27** 29, RJA. **4** 117 (KG.); OLG. **9** 451, R. **04** 449 (Colmar): Gütergemeinschaftlicher Ehemann kann allein über einen ihm zugefallenen Erbanteil verfügen, auch wenn ein Grundstück dazu gehört, auch dies Grundstück seinen Miterben auflassen.

2. PosMschr. **04** 38, RJA. **4** 168, ZBlFrG. **5** 107 (KG.): Der Ehemann kann allein eine das gütergemeinschaftliche Grundstück belastende Hypothek löschen lassen.

3. BayObLG., ZBlFrG. **5** 560: Der Ehemann kann allein eine auf den Namen beider Ehegatten eingetragene Hypothek löschen lassen. Hat der Grundbuchrichter Bedenken, so muß er den Ehemann hören.

4. KG., PosMschr. **05** 4: Eintragung einer Vormerkung auf Auflassung in das Grundbuch eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks kann erst erfolgen, wenn die Ehefrau als gütergemeinschaftliche Miteigentümerin eingetragen ist.

5. RG. JW. **05** 176: Die Ehefrau kann sowohl neben dem Ehemanne mitklagen, wie allein mit Zustimmung des Ehemanns klagend das Samtgut vertreten.

6. BayObLG., SeuffA. **59** 164: Der Streitwert bei Klage gegen die Ehefrau auf Zustimmung zur Auflassung ist auf die Hälfte des Grundstückswerts festzusetzen.

§ 1447. BayObLG., R. **04** 449: Ersetzung der Zustimmung nur dann möglich, wenn die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist.

§ 1454. RG. **56** 73: Die Regel des § 1400 Abs. 1 findet auch auf die Gütergemeinschaft Anwendung. Passivprozesse der Ehefrau gewinnen Rechtskraft gegen den Mann, wenn sie mit Zustimmung desselben geführt sind, aber auch nur in diesem Falle.

§ 1455. OLG. 8 337, R. **04** 46 (Colmar): Auf § 1455 kann sich auch der geschädigte Dritte berufen, auf dessen Kosten das Gesamtgut ungerechtfertigt bereichert ist.

§ 1459 (§ 740 ZPO). 1. RG. JW. **04** 176: § 1459 bezieht sich auch auf die Pflicht zur Herausgabe individuell bestimmter Gegenstände.

2. KGJ. **26** A 260: Rechtskräftige Verurteilung des Ehemanns zur Auflassung ersetzt die Einwilligung der Ehefrau. Dies Urteil wird bekämpft von Förster, R. **04** 89, weil der Ehemann allein nicht verurteilt werden könnte, und § 740 eine Gesamtgutsvertretung nach § 1459 voraussetze.

Dagegen hebt Falkmann, ZBlFrG. **5** 298, hervor, daß der Ehemann als Vertreter der Gütergemeinschaft verurteilt sei, und daraus die Anwendung des § 740 folgen müsse.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 161: Auf Grund eines Titels gegen die Frau kann auch in die Gesamtsgutsstücke nicht vollstreckt werden, welche die Ehefrau in ihrem Gewahrsame hat. Der Mann hat auch die Rechte aus § 766 ZPO.

§ 1468. Nr. 5. OLG. 8 337, R. **04** 335: Konkurs genügt zur Anwendung. A. M. Schmidt zu § 1468.

§ 1472. RG. JW. **04** 410: Überlebende Ehefrau kann den Prozeß über eine zum Gesamtgute gehörige Forderung fortführen, falls sie Miterbin des Mannes ist.

§§ 1471, 1472. 1. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 41: Wenn durch Ehescheidung die Gütergemeinschaft beendigt ist, so verbleibt das Sondergut aus § 1439 der Verwaltung des Mannes.

2. OLG. Posen, PosMschr. **05** 8: Mietet die Frau nach der Beendigung, aber vor Auseinandersetzung und bringt in dieser Zwischenzeit die Gesamtgutsobjekte in die Mieträume ein, so erwirbt der Vermieter kein Pfandrecht an den eingebrachten Gegenständen, er kann nur in den Auseinandersetzungsanspruch vollstrecken.

3. RG. PosMschr. **05** 47: Nach Beendigung der Gütergemeinschaft besteht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bis zur Auseinandersetzung. Zu derselben gehören auch die Früchte, Zinsen, so daß der Ehegatte keinen Anspruch auf die Hälfte der Früchte als ihm gehörig hat.

§ 1482. (§ 1508.) 1. BayObLG., R. **05** 79: Wenn Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen, so bleibt der Anteil des Verstorbenen ein Anteil an der Gütergemeinschaft und es tritt zunächst ein Gemeinschaftsverhältnis nach §§ 1471, 1442 ein.

2. OLG. **9** 152 (Hamburg): Der überlebende Ehegatte handelt bis zur Auseinandersetzung nicht als Miterbe, sondern als Mitberechtigter einer Gesamtgutsgemeinschaft.

§§ 1483, 1487. 1. RJA. **4** 179, ZBlFrG. **5** 116, R. **04** 418 (KG.): Die Auflassung der auf beide Eheleute eingetragenen Grundstücke ist bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nur zulässig nach Eintragung der Abkömmlinge.

2. BayObLG., RJA. **5** 25: Ein Witwer in fortgesetzter Gütergemeinschaft kann namens der minderjährigen Kinder deren Zustimmung zur Auflassung erteilen, wenn sie in anderer Weise als durch ein mit ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft erfolgt.

Ein Pfleger braucht dann nicht bestellt zu werden, wenn die Erklärung in einer öffentlichen Urkunde gegenüber dem Grundbuchrichter abgegeben wird.

3. Wegen des Anteils des Abkömmlings in dessen Ehe vgl. zu §§ 1439 und JDR. **2** § 1487.

4. Das aus § 1449 erwachsene Recht der Ehefrau auf Geltendmachung der Unwirksamkeit eines gesetzwidrigen Rechtsgeschäfts geht auf ihre Abkömmlinge, die die GG. fortsetzen, nicht über. So Schmidt, § 1487 2d mit Planck, Staudinger gegen Cosack.

§ 1507. Der § 2370 BGB. findet auf den Fall, daß infolge Todeserklärung eine fortgesetzte GG. in Erscheinung tritt, Anwendung. So Opet, Schmidt N. 3f. zu § 1507 gegen Staudinger.

§§ 1508, 1511, 1516. Testamente gütergemeinschaftlicher Ehegatten. Vgl. JDR. **1** und **2**.

Weitere Literatur: Die Einwirkung der ehelichen GG. auf die Testierfreiheit. Walter, BayNotZ. **04** 171 ff.; Meckel, Verfügungen von Todeswegen, BadNotZ. **04** Heft 4; Wäntig, Ausschluß der Abkömmlinge, DNotVZ. **04** 450; Zelter, ebendaselbst **05** 20.

1. Schmidt 1508 N. 3, 1511 Nr. 4c hält zwar die Ansicht Bollenbecks (vgl. JDR. **2** 1b) dem Gedankengange des § 1511 für entsprechend, stimmt aber in bezug auf die Zulässigkeit und Wirkung des Ausschlusses sämtlicher Abkömmlinge der Entscheidung des OLG. Stettin, OLG. **6** 165 zu, daß dann sofort § 1482 eintrete.

Wäntig bekämpft ebenfalls die Bollenbecksche Ansicht, daß die fortgesetzte GG. eintrete und das Gut dem überlebenden Ehegatten anwachse; auch er will den Fall des § 1482 eintreten lassen, verlangt aber die Form des Ehevertrags für den Ausschluß aller Abkömmlinge.

Zelter verteidigt die von Bollenbeck behauptete Wirkung insbesondere damit, daß für den Anspruch aller Abkömmlinge aus § 1511 die Existenz der fortgesetzten GG. vom Gesetzgeber gewollt sei, weil dieser Anspruch sich gegen dieselbe richte.

2. Schmidt, § 1511 N. 4b: Der Ausschluß des Abkömmlings wirkt nicht gegen dessen Abkömmlinge. Vgl. JDR. **2** 629.

3. Auch nach Walter (vgl. JDR. **2** a. a. O. 4) enthalten die §§ 1511—1516 die allein möglichen Verfügungen.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. OLG. Colmar, R. **04** 553, bejaht die Kostenvorschußpflicht in Prozessen der Ehefrau gegen den Ehemann.

§§ 1519, 1526. OLG. **9** 454, R. **04** 194 (Colmar): Forderungen der Frau aus einem Fuhrgeschäfte fallen in das Gesamtgut, wenn nur die einzelnen Fahrnisse, nicht das Erwerbsgeschäft als ganzes Vorbehaltsgut ist.

§§ 1530—1541. *Hörle, Die Verbindlichkeiten und ihre Ausgleichung unter den Ehegatten in dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft mit Berücksichtigung der Inventarerrichtung, AzivPr. **96** 275—303, behandelt systematisch die Verteilung der Verbindlichkeiten auf die einzelnen Güter als Schuldenträger, sowie die Ersatzansprüche der Ehegatten gegeneinander und die Ausgleichung zwischen den einzelnen Gütern desselben Ehegatten.

Resultate:

I. Das Gesamtgut trägt endgültig:

1. den ehelichen Aufwand,

2. die durch Erwerb, Erhaltung, Verwaltung des Gesamtguts entstandenen Kosten,

3. die Verbindlichkeiten, welche entstehen: durch Betrieb eines für Rechnung des Gesamtguts geführten Erwerbsgeschäfts oder auf Erwerb gerichteten Berufs, oder infolge eines zu einem solchen Erwerbsgeschäft oder Berufe gehörenden Rechtes oder des Besitzes einer dazu gehörenden Sache, schließlich die Kosten eines über solche Verbindlichkeiten geführten Rechtsstreits,

4. die in §§ 1384—1387 aufgeführten regelmäßigen Lasten, sowie darüber hinaus die Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung bezüglich der beiderseitig eingebrachten Güter,

5. Ausstattung und Aussteuer, soweit sie dem Maße des Gesamtguts entsprechen.

II. Der Mann trägt endgültig mit seinem eingebrachten Gute

1. die in §§ 1535, 1536 bezeichneten Verbindlichkeiten,

2. die außerordentlichen Lasten seines eingebrachten Gutes (§ 1385),

3. die außergewöhnlichen Kosten für Erhaltung und Erneuerung seines eingebrachten Gutes,

4. Aussteuer und Ausstattung, soweit sie das dem Gesamtgut angemessene Maß übersteigt.

III. Die Frau trägt endgültig:

A. mit ihrem Vorbehaltsgut alle Verbindlichkeiten, welche entstehen,

1. aus einem sich auf das Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsgeschäft,

2. aus einer während der Gemeinschaft begangenen unerlaubten Handlung resp. einem deswegen eingeleiteten Strafverfahren,

3. die Kosten aus den unter § 1416 fallenden sowie den die Verbindlichkeiten zu 1 und 2 betreffenden Prozessen.

B. Mit ihrem eingebrachten Gute

1. die Verbindlichkeiten aus § 1535 [1], soweit sie nicht unter I fallen,

2. die außerordentlichen Lasten ihres eingebrachten Gutes nach § 1385 [1],

3. die Kosten, welche nach §§ 1377 Abs. 1, 1379, 1390, 1401, 1402 das eingebrachte Gut treffen,

4. die vor der Gemeinschaft entstandenen Verbindlichkeiten,

5. die Kosten eines die Verbindlichkeiten zu 1—4 betreffenden Prozesses, soweit nicht etwa I 3 vorliegt.

IV. Als erweiterte Ersatzansprüche, die dem § 1539 Satz 2 unterstellt sind, zählt Hörle auf:

1. Ansprüche des Gesamtguts oder des eingebrachten Gutes eines Ehegatten aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Grund des § 812.

2. Ansprüche wegen Verwendungen aus dem Gesamtgut in eingebrachtes Gut oder umgekehrt. Diese bestimmen sich nicht nach § 1466, sondern nach den

allgemeinen Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung.

3. Ansprüche des Gesamtguts aus der ehemännlichen Verwaltung nach § 1456.

4. Ansprüche des Gesamtguts und des eingebrachten Gutes aus § 1390.

5. Ansprüche aus dem Dienstvertrag eines Ehegatten mit dem anderen.

6. Ansprüche des Gesamtguts aus unbefugten Handlungen der Frau (nach §§ 1359, 272, 276).

7. Ansprüche der Frau aus der ehemännlichen Verwaltung des eingebrachten Gutes und der übertragenen Verwaltung des Vorbehaltsguts.

8. Ansprüche aus der Nichterfüllung der Ausgleichung.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1549. OLG. **9** 459 (KG.): Der ein Grundstück für das Gesamtgut erwerbende Ehegatte muß ausdrücklich erklären, daß das Grundstück Gesamtgut werden soll, falls eine solche Eintragung erfolgen soll.

III. Güterrechtsregister.

§§ 1560, 1561. Güterrechtsregister und Grundbuch. Die Eintragung in das Güterrechtsregister ist nicht die einzig denkbare und zulässige Legitimation für die Verfügungsfähigkeit. Vgl. Wieruszowski 573, OLG. **4** 188, SeuffA. **59** 343 (Dresden); dagegen Ullmann 157, Schröder 44, Dorst, DNotVZ. **1** 145.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete des Ehescheidungsrechts ist vorwiegend über die Judikatur des Jahres 1904 zu berichten; namentlich sind zahlreiche reichsgerichtliche Entscheidungen zu den §§ 1568, 1571 und 1574 ergangen, die als vorbildlich angesehen werden können, indem sie der besonderen Gestaltung jedes Einzelfalls billige Berücksichtigung zuteil werden und den allgemeinen Grundsatz erkennen lassen, daß die Scheidung zwar nicht leicht gemacht werden darf, daß aber ein Zusammenzwingen innerlich einander völlig fremd und verhaßt gewordener Ehegatten zu vermeiden ist, weil eine solche nur äußerlich noch bestehende Gemeinschaft ein dem wahren Wesen der Ehe zuwiderlaufendes und unsittliches Verhältnis darstellt. Die literarischen Erzeugnisse sind minder zahlreich und bedeutungsvoll als in den Vorjahren; die Arbeiten von Prätorius und Litten behandeln interessante Fragen aus dem Grenzgebiete zwischen Medizin und Jurisprudenz.

Literatur: Behr, Zwei Streitfragen aus dem materiellen uud prozessualen Eherecht, AbürgR. **25** 11—61. — Litten, Die Wirkungen geistiger Störungen auf den rechtlichen Bestand der Ehe, KrimPsychMSchr. **04** 397 ff.

§ 1564. 1. Vgl. zu § 1326.

2. *Behr, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, AbürgR. **25** 13: Satz 3 bestimmt nicht nur den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Scheidung, sondern hebt zugleich die hauptsächlichste und einschneidendste Wirkung derselben, die Auflösung der Ehe, hervor. A. M. Olshausen, ebenda **23** 150.

§ 1565. 1. *Prätorius, Homosexualität und BGB.: Trotz Freisprechung im Strafverfahren wegen Unzurechnungsfähigkeit kann eine gegen den § 175 StGB. verstoßende Handlung einen Ehescheidungsgrund abgeben, wenn der an das Strafurteil nicht gebundene Zivilrichter die Zurechnungsfähigkeit bejaht.

2. a) **RG.** JW. **04** 63: Der Gesetzesgrund der Vorschrift des § 1565 Abs. 2, vermöge welcher der konsentierte Ehebruch keinen Scheidungsgrund abgeben soll, liegt darin, daß der zustimmende Teil zu erkennen gegeben hat, das Verhalten des anderen Teiles berühre ihn nicht und mache ihm die Ehe nicht unerträglich. Dieser Gesetzesgrund gilt in gleichem Maße, mag die Zustimmung, welche im übrigen sowohl vorher als auch nachträglich erfolgen kann, speziell oder

generell erteilt sein. Allerdings gibt eine im voraus erteilte generelle Zustimmung keinen Freibrief für alle Zeiten. Vielmehr bleibt sie jederzeit widerruflich. S. JDR. 2 § 1565 Ziff. 2 Abs. 2.

b) **RG. JW. 04** 385: Das Recht der Klägerin auf Scheidung wegen eines vor dem 1. 1. 00 begangenen Ehebruchs des Mannes ist dadurch nicht verwirkt, daß sie selbst nach diesem Zeitpunkte die Ehe gebrochen hat.

c) **RG. JW. 04** 410, **R. 04** 449: Ist Scheidung in erster Linie gemäß § 1565, in zweiter gemäß § 1568 verlangt, so ist die Scheidung auszusprechen, auch wenn nur der eine Grund zur Entscheidung reif ist. Der Kläger hat kein Recht auf Fortführung des Rechtsstreits wegen des weiter geltend gemachten Grundes.

§ 1567. 1. Schröder, Bösliche Verlassung, **R. 04** 42 f.: Eine bösliche Verlassung, bei welcher die Voraussetzungen des § 1567 Abs. 1 nicht gegeben sind, kann als relativer Scheidungsgrund nach § 1568 gelten, wenn diese Tatsache allein oder im Zusammenhange mit anderen Umständen eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten enthält, wie sie sich im wesentlichen aus der im § 1353 Abs. 1 BGB. ausdrücklich ausgesprochenen Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben, derart, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. S. auch JDR. 2 § 1567 Ziff. 4 Abs. 3.

2. Vgl. die Entscheidungen zu § 1353.

§ 1568. 1. *Prätorius, Homosexualität und BGB.: Auch eine nicht unter den § 175 StGB. fallende gleichgeschlechtliche Handlung bedeutet eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten. Verschuldet ist nicht der homosexuelle Trieb, sondern nur die Handlung.

2. Aus der Praxis. a) **RG. JW. 04** 63 Nr. 24: Ohne Kenntnis von dem ehewidrigen Verhalten des einen Ehegatten kann für den anderen Ehegatten der bedingte Scheidungsgrund aus § 1568 nicht erwachsen.

b) **RG. JW. 04** 63 Nr. 25: Das Gesetz verlangt nur, daß das alleinige Verschulden des beklagten Ehegatten unabhängig von einem Mitverschulden des anderen Teiles ausreicht, um die unheilbare Zerrüttung i. S. des § 1568 hervorzurufen; es bleibt daher möglich, daß auch der klagende Ehegatte sich seinerseits in der gleichen Richtung ebenso schuldig gemacht hat. Auf der subjektiven Seite bedarf es jedoch der Feststellung, daß das gerügte Verhalten des schuldigen Ehegatten dazu führt, die eheliche Gesinnung des klagenden oder widerklagenden Teiles zu zerstören und ihm die Fortsetzung der Ehe moralisch unmöglich zu machen. In dieser Beziehung erscheint es zum Zwecke einer vollständigen Prüfung geboten, das gegenseitige Verhalten und mithin insbesondere die etwa vorhandenen eigenen Verfehlungen der klagenden oder widerklagenden Partei in Betracht zu ziehen.

c) **RG. JW. 04** 204, **R. 04** 283 Nr. 1285: Auch dadurch kann sich eine Mißhandlung als „grobe" kennzeichnen, daß sie unter Umständen vorgenommen wird, welche den Verletzten durch die ihm zuteil gewordene Behandlung besonders tief heruntersetzen, mögen auch die objektiven Folgen im übrigen nicht erhebliche sein. Eine erniedrigende Mißhandlung der Frau vor den Augen der Dienstboten oder des Mannes vor Untergebenen vermag daher den Tatbestand der groben Mißhandlung recht wohl herzustellen.

d) **RG. JW. 04** 295: Eine nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Anstellung der Klage geschehene Verfehlung kann für die Zerrüttung von Bedeutung sein.

e) **RG. JW. 04** 470: Unbegründete Verdächtigungen (Vorwürfe ehebrecherischen Verkehrs) sind nicht Scheidungsgrund, wenn sie, durch krankhafte Wahnvorstellungen veranlaßt, außerhalb der freien Willensbestimmung des beschuldigen-

den Ehegatten lagen; mindestens ist in solchem Falle davon auszugehen, daß die Verfehlung des sonst ihr innewohnenden Charakters einer schweren Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten entkleidet ist.

f) **RG.** JW. **04** 473, R. **04** 530: Die einzelnen Verfehlungen (unverbesserliche Trunksucht und bösliche Versagung des Unterhalts) sind für die Frage der Zerrüttung der Ehe nicht gesondert zu betrachten, vielmehr ist das Gesamtverhalten des Ehegatten ins Auge zu fassen.

g) **RG.** R. **04** 283 Nr. 1286: Ist anzunehmen, daß nach dem subjektiven Empfinden der Ehegatten auch ein solcher Grad der Zerrüttung ihrer Ehe deren Fortsetzung ihnen nicht zur unerträglichen Last macht, so genügt die Feststellung der objektiven Grundlage für das Scheidungsbegehren aus § 1568 nicht.

h) **RG.** R. **04** 604 Nr. 2616: In dem Scheidungsurteile muß festgestellt sein, daß der Ehegatte das Bewußtsein gehabt hat, durch die ihm zum Vorwurfe gemachten Handlungen gegen seine durch die Ehe begründeten Pflichten zu verstoßen.

i) **RG.** **57** 250, DJZ. **04** 507, handelt vom sog. „jüdischen Scheidebriefe“ und verneint die Frage, ob die unter Zurücknahme der Berufung gegen ein die Ehe der Parteien scheidendes Urteil von dem einen Teile eines jüdischen Ehepaars dem anderen gegenüber eingegangene Verpflichtung, in die jüdische rituelle Scheidung zu willigen und die nach den mosaischen Vorschriften hierzu erforderlichen Erklärungen abzugeben, den möglichen Gegenstand einer rechtlichen, mit Hilfe der staatlichen Organe im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung durchführbaren Verpflichtung bilden kann.

k) **RG.** HansGerZ. **04** Beibl. 108: Um in der Fortsetzung des ehelichen Geschlechtsverkehrs seitens des Mannes trotz seiner syphilitischen Erkrankung ein Verschulden des Mannes im Sinne von § 1568 erblicken zu können, muß festgestellt sein, daß er sein Leiden erkannt und trotzdem der Frau beigewohnt hat.

l) BayObLG., R. **04** 140: Mit der ehelichen Gesinnung unvereinbare, wiederholte und sich steigernde gröbliche Kränkungen der Ehre des anderen Ehegatten können, namentlich wenn sie öffentlich begangen werden, eine Ehescheidung aus § 1568 rechtfertigen. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn die Beleidigungen in der Erregung oder Übereilung gefallen sind, und wenn der Beleidigende in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt und nicht die Absicht, zu beleidigen, aus der Form und den Umständen hervorgeht.

§ 1569. *Litten a. a. O.: Eine qualifizierte Form geistiger Störung ist als absoluter Scheidungsgrund von Bedeutung (§ 1569). Abgesehen hiervon ist die geistige Störung insofern für das ganze Ehescheidungsrecht wesentlich, als sie zur Schuldausschließung führen kann und damit dem anderen Teile das Recht auf Ehescheidung entzieht. Denn nur der Schuldfähige kann durch sein Verhalten dem anderen Teile einen gesetzlichen Grund zur Ehescheidung geben (vgl. auch **RG.** JW. **32** 27). — Wann schließt aber eine geistige Störung die Schuldfähigkeit aus? Das BGB. gibt keine allgemeine Antwort, sondern regelt nur Einzelfragen: die Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105 BGB.) und die Deliktsunfähigkeit (§§ 827/829 BGB.). Offenbar ist an die letztere Gruppe von Vorschriften anzuknüpfen und unter analoger Fortbildung des § 827 festzustellen: „Eine Scheidung der Ehe kann nicht erfolgen, wenn ein Ehegatte bei seinem Verhalten, welches den objektiven Tatbestand der §§ 1565/1568 BGB. erfüllt, sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhafter, die freie Willensbestimmung ausschließender Störung der Geistestätigkeit befunden hat.“ Nur insoweit liegt generelle Schuldunfähigkeit vor; in jedem anderen Falle geistiger Störung ist die spezielle Schuldunfähigkeit von Fall zu Fall zu prüfen (mit Ausnahme des § 827 Satz 2 BGB., wo mittels Fiktion ein generelles Schuldig-

sein auch geistig Gestörter verordnet ist). Bemerkenswert ist noch, daß nach § 1568 die Verschuldung sich auf die Zerrüttung der Ehe beziehen muß, so daß u. U. eine schuldhafte Verletzung der ehelichen Pflichten nicht ausreicht. Dem geistig gesunden Ehegatten wird daher in den erörterten Fällen das Recht auf Scheidung meist nicht zustehen, wohl aber das Recht auf tatsächliche Trennung. Denn ob „Mißbrauch des Rechtes" (§ 1353 Abs. 2 BGB.) vorliegt, muß der Richter nach objektiven Kriterien prüfen.

§ 1570. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 801: Die Verzeihung ist ein wesentlich innerer Vorgang auf seiten des Verzeihenden, welcher, ohne rechtsgeschäftlicher Art zu sein, gegenüber dem schuldigen Teile zum Ausdrucke bringt, daß der Verzeihende auf das Recht, aus der Verfehlung des anderen die sich gesetzlich daran knüpfenden Folgen herzuleiten, verzichtet. Ob sich ein solcher Vorgang zwischen den Parteien vollzogen hat, unterliegt der wesentlich tatsächlichen Beurteilung des Sachrichters. S. auch JDR. **2** § 1570 Ziff. 1.

2. *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 177 ff.: Die Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine sog. Rechtshandlung. — Eine bedingte Verzeihung ist nichtig, wenn nicht (gemäß § 139 BGB.) anzunehmen ist, daß sie auch ohne die Bedingung gewährt worden wäre. Der „Vorbehalt der Besserung" ist, sofern nicht eine bedeutungslose condicio iuris vorliegt (vgl. o. zu § 158 Ziff. 1), ebenfalls gemäß § 139 zu beurteilen. S. ferner JDR. **2** § 1570 Ziff. 2.

3. **RG.** R. **04** 362: Die Verzeihung im Rechtssinn ist gegeben, wenn nur der beleidigte Ehegatte irgendwie zum Ausdrucke bringt, daß er trotz der ihm widerfahrenen Unbill nach seinem inneren Empfinden die Fortsetzung der Ehe als für ihn erträglich ansieht. Ob ihm der rechtsgeschäftliche Wille dabei innewohnt, Scheidungsrechte aufzugeben, ist ohne Bedeutung. Die Verzeihung an Vorbehalte und Bedingungen zu knüpfen, ist an und für sich möglich. Nur genügt es nicht, wenn der Ehegatte lediglich unter gewissen Voraussetzungen die Bereitwilligkeit zur Versöhnung in Aussicht stellt, die spätere endgültige Entschließung sich aber vorbehält.

§ 1571. 1. **RG. 57** 195, JW. **04** 115, DJZ. **04** 406: Die Frist des § 1571 ist eine Ausschlußfrist, d. h. der Scheidungsanspruch ist von vornherein zeitlich begrenzt, er besteht nur während der Dauer der Frist, mit ihrem Ablauf ist er von selbst und ohne daß es der Geltendmachung eines besonderen Rechtsbehelfes bedürfte, erloschen. Ist die Frist schon vor Inkrafttreten des BGB. abgelaufen gewesen, so ist das ältere Recht hinsichtlich der Berechnung der Fristen maßgebend. Behielt die Verfehlung dagegen über diesen Zeitpunkt hinaus die Eigenschaft, einen klagbaren Scheidungsgrund zu bilden, so ist in analoger Anwendung des Art. 169 EGBGB. nach neuem Rechte Lauf und Hemmung der Frist zu beurteilen. S. auch JDR. **2** § 1571 Ziff. 1 Abs. 1.

2. **RG.** R. **04** 105: Zur Begründung der Scheidungsklage können nicht unterschiedslos sämtliche der Zeit nach noch so weit zurückliegende Klagetatsachen herangezogen werden. Maßgebend sind vielmehr die Vorschriften, nach welchen, wie insbesondere nach § 1571, die Scheidungsklage wirksam nur in gewisser Frist erhoben werden kann.

3. **RG. 58** 227: Die Vollmacht zur Führung eines Rechtsstreits über Unterhaltsgewährung ermächtigt nicht zur Abgabe und Entgegennahme der Aufforderung nach § 1571 Abs. 2. S. auch JDR. **2** § 1571 Ziff. 3.

4. **RG. 57** 195: Die Behinderung der verklagten Partei, ihren Scheidungsanspruch außerhalb des schwebenden Prozesses und innerhalb dieses in dem Zeitraume zwischen der Erhebung der Klage und der ersten mündlichen Verhandlung zur Durchführung zu bringen, stellt einen Fall der höheren Gewalt im Sinne des Abs. 4 (§ 203 Abs. 2) dar.

§ 1572. **RG.** **57** 192, JW. **04** 205: Der mittels Widerklage geltend gemachte Scheidungsanspruch ist hinsichtlich seiner Rechtzeitigkeit nach der Erhebung der Widerklage, nicht der Klage zu beurteilen (§ 281 ZPO.).

§ 1574. 1. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 613 ff., JW. **04** 235: Nach § 1574 Abs. 1 u. 2 ist die Schuldigerklärung ein Bestandteil des Scheidungserkenntnisses. Ist der Scheidungsantrag nur von einer Partei gestellt, so trifft die Schuldigerklärung nur eine Partei; haben beide Parteien Scheidungsanträge gestellt und wird beiden stattgegeben, so sind beide Parteien für schuldig zu erklären; in diesen Fällen ergeht der Schuldausspruch von Amts wegen. Die Parteirolle ist dabei von keiner Bedeutung.

Abs. 3 des § 1574 trifft in seiner ersten Hälfte die Fälle, in denen ein Ehegatte den Antrag auf Scheidung gestellt hat, dieser Antrag begründet ist und der andere Ehegatte nicht den Antrag auf Scheidung, wohl aber den Antrag stellt, auch den Ehegatten, der die Scheidung verlangt, für schuldig zu erklären. Unter den im Abs. 3 bezeichneten Voraussetzungen kann die Schuldigerklärung eines Ehegatten selbständig erfolgen, sofern dem Scheidungsantrage dieses Ehegatten stattgegeben wird. Dasselbe gilt, wenn ein Ehegatte den gestellten Scheidungsantrag, gleichviel ob in erster oder zweiter Instanz, nicht aufrechterhält, sondern nur die Schuldigerklärung des anderen Ehegatten beantragt.

RG. JW. **04** 489: Der Abs. 3 des § 1574 besagt einmal, daß der auf Scheidung mit Erfolg Belangte, um die Nachteile der Alleinschuld von sich abzuwenden, nicht genötigt sein soll, die Gegenpartei (durch Widerklage) auch seinerseits auf Scheidung zu belangen; sodann aber, daß ein verziehener oder durch Zeitablauf ausgeschlossener Scheidungsgrund für die Entscheidung der Schuldfrage wenigstens dann noch solle geltend gemacht werden können, wenn die Verzeihung oder der Zeitablauf zu der Zeit noch nicht erfolgt war, zu welcher die die Gegenklage begründende Handlung erfolgte. Die an die Spitze des Abs. 3 gestellten Worte „ohne Erhebung der Widerklage" haben auf den zweiten Fall keinen Bezug.

2. KGBl. **04** 64 (KG.): Hat das Vorderurteil beide Teile für schuldig erklärt, so bedarf es, wenn in der Berufungsinstanz die Klage oder Widerklage abgewiesen wird, keines besonderen Ausspruchs über die Mitschuld des einen Teiles; es ist vielmehr dahin zu erkennen: Auf die Berufung wird das angefochtene Urteil hinsichtlich der Klage (Widerklage) und der Kosten dahin abgeändert, daß die Klage (Widerklage) abgewiesen und der Kläger (Beklagte) verurteilt wird, die sämtlichen Kosten zu tragen.

3. OLG. Colmar, R. **04** 449: Die Berufung gegen ein die Ehe wegen Verschuldens des Beklagten scheidendes und dessen Widerklage abweisendes Urteil ist unstatthaft, wenn der Beklagte unter der Erklärung sie eingelegt hat, daß er sich bei der Abweisung der Widerklage beruhige und nur beantrage, auch die Klägerin für den schuldigen Teil zu erklären.

§ 1578. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 83: Für die Bemessung des Standesmäßigen ist die Lebensstellung, welche die Frau zur Zeit der Scheidung der Ehe einnahm, entscheidend. S. auch JDR. **2** § 1578 Ziff. 1.

§ 1579. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 961: Der im § 1579 Abs. 1 Satz 2 ausgesprochene Rechtssatz findet keine Anwendung, wenn der geschiedene schuldige Ehegatte sich dem anderen gegenüber vor seiner Wiederverheiratung vertragsmäßig verbindlich gemacht hat, die diesem zukommende Unterhaltsrente in einer bestimmten Höhe zu leisten.

RG. JW. **04** 176, SeuffA. **59** 328: Auch unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 2 kann das Gericht den Mann von der Unterhaltspflicht vollständig entbinden, wenn im gegebenen Falle mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten schon die Billigkeit zur gänz-

lichen Verneinung der Unterhaltspflicht führte. — Erst wenn leistungsfähige Verwandte nicht vorhanden sind, tritt die Unterhaltspflicht des geschiedenen Mannes im Rahmen des § 1579 wieder in Kraft (177).

§ 1584. **RG. 58** 382: Der § 1584 verleiht das Recht des Widerrufs schlechthin, d. h. ohne Rücksicht auf den Beweggrund, der zur Schenkung geführt hat. Der Widerruf ist also auch dann nicht ausgeschlossen, wenn durch die Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen worden war.

§ 1586. Über die rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. S. JDR. **1** Ziff. 1 und **2** zu § 1586. *Behr a. a. O.: I. Wenn § 1586 schlechthin „die" mit der Scheidung verbundenen Wirkungen als Folgen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet, so müssen darunter alle Wirkungen verstanden sein, welche das Gesetz mit der Scheidung verbindet, insbesondere die anerkanntermaßen prinzipalste Wirkung — die Auflösung der Ehe (13).

II. Nur die ausdrücklich im Gesetze, §§ 1586, 1587, hervorgehobenen spezifischen Rechtsfolgen der A. d. e. G. unterscheiden diese von der Scheidung. Es fehlen alle Anhaltspunkte, daß § 1586 auch die unbestritten als Wirkung der Scheidung geltende Auflösung der Ehe nicht als Folge der A. d. e. G. annimmt; denn wenn schon einmal Ausnahmen aufgestellt wurden, ist nicht einzusehen, warum gerade die Kardinalwirkung der Scheidung nur stillschweigend ausgenommen worden sein sollte. Die Ausnahmen der §§ 1586, 1587 sind nicht beispielsweise, sondern erschöpfend aufgeführt (18).

III. Die gesetzlichen Ausnahmen von den Scheidungswirkungen lassen die A. d. e. G. als eine schwächere Form der Scheidung, die aufgehobene e. G. gegenüber der Scheidung als ein Minus hinsichtlich der einzelnen Wirkungen erscheinen. Was das kanonische Recht durch „die Ehe mit Scheidungsverbot" erreichen will, hat das BGB. durch „die Scheidung mit Eheverbot" — die A. d. e. G. — erreicht (15).

IV. Das Eheverbot des § 1586 ist eine Ausnahme von der an sich mit der A. d. e. G. verknüpften Wirkung der Eheauflösung.

Die diesem Verbote zuwider eingegangene Ehe ist keine „Doppelehe" i. S. des § 1309; die Eingehung selbst kein Vergehen gemäß § 171 RStGB., sondern lediglich eine Übertretung der singulären, von der Bestimmung des § 1309 völlig unabhängigen, bloß den Charakter einer Spezialbeschränkung tragenden Prohibitivbestimmung des § 1586. ➻ Hiergegen Th. Olshausen: Wie soll aber diese völlig singuläre Prohibitivbestimmung angesichts des Umstandes erklärt werden, daß das moderne Recht Eheverbote nur zum Zwecke der Verhütung einer Doppelehe kennt? — Wann im Sinne des § 171 StGB. eine Ehe als „aufgelöst" anzusehen ist, muß aus dem StGB. heraus in Unabhängigkeit vom § 1309 BGB. beantwortet werden. Auch vor dem BGB. hat man aber im Strafrecht unter Auflösung der Ehe nur eine Trennung dem Bande nach begriffen. ⇠ Die entgegen diesem Verbote eingegangene Ehe kann nicht auf Grund der §§ 1326, 1329 im Wege der Nichtigkeitsklage angefochten werden, da der wiederverheiratete Ehegatte z. Zt. der neuen Eheschließung nicht mehr in einer gültigen Ehe mit einem Dritten — dem früheren Ehegatten — lebt.

Auch die in §§ 1335—1350 ausschließend geregelten Anfechtungsgründe (§ 1330 verbo „nur") kommen hier nicht in Betracht.

Ebenso trifft § 134 nicht zu. Die Eheeingehung ist zwar ein „Rechtsgeschäft". § 1586 enthält auch zweifellos ein „gesetzliches Verbot". Die im Widerspruche mit § 1586 vollzogene Eheschließung wäre also „ein gegen ein ge-

setzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft". Dagegen ergibt sich aus § 1323 „etwas anderes". Denn dort ist statuiert: „Eine Ehe ist nur in den Fällen der §§ 1324—1328 nichtig". In diesen Paragraphen ist nichts enthalten, wonach die fragliche Eheschließung nichtig wäre. Die entgegen dem Eheverbote des § 1586 eingegangene Ehe ist daher auch im Hinblick auf § 134 nicht nichtig.

§ 1587. *Behr a. a. O. führt aus: I. Die Wiederherstellung der e. G. ist kein Rechtsgeschäft, kein Vertrag, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang. Die Willensbetätigung der früheren Ehegatten muß sich bei Beseitigung der durch die A. d. e. G. bewirkten Trennung nur dergestalt äußern, daß eine Handlung zustande kommt, welche faktisch eine Herstellung der e. G. bedeutet. Nicht dagegen braucht der Wille darauf gerichtet zu sein, die e. G. auch mit den in § 1587 vorgesehenen Wirkungen wiederherzustellen (41/42).

II. Die durch W. d. e. G. geschaffene Ehe ist nicht eine Fortsetzung, eine Wiederbelebung der vor der A. d. e. G. bestandenen Ehe, sondern eine neue Ehe, die mit der früheren nur das gemein hat, was jede Ehe aufweisen muß, um überhaupt eine Ehe im Rechtssinne zu sein: die unabänderlichen Wirkungen der Ehe (45).

III. Die frühere Ehe kann auch nach W. d. e. G. für nichtig erklärt und angefochten werden (46).

IV. Die gesetzlichen Nichtigkeitsbestimmungen in bezug auf die neue Ehe können selbständig nicht geltend gemacht werden. Sie sind ausgeschlossen, teils deshalb, weil sie durch die eigenartige Natur des rein tatsächlichen Wiederherstellungsaktes gegenstandslos werden (§§ 1324, 1325), teils, weil sie nach der Wesenheit der durch sie geregelten Gründe (§§ 1326, 1327, 1328) nicht in Frage kommen können (46/47).

V. Dagegen bedingt ihre Geltendmachung hinsichtlich der vor A. d. e. G. bestandenen Ehe naturgemäß auch die Nichtigkeit der nach W. d. e. G. neu geschaffenen Ehe (47/48).

VI. Gleiche Grundsätze gelten für die Anfechtbarkeit der neuen Ehe. Es kommen daher in Wegfall §§ 1331, 1332 im zweiten Teile, §§ 1336, 1337; anwendbar sind § 1332 im ersten Teile, §§ 1333—1335, 1339, soweit dort §§ 1333—1335 und die erste Alternative des § 1332 angezogen sind (48/50).

VII. Von den dem BGB. bekannten Ehehindernissen bleiben die impedimenta dirimentia hinsichtlich der „neuen" Ehe außer Betracht; von den impedimenta prohibentia sind ohne Einfluß auf die W. d. e. G. die in §§ 1303, 1305, 1306, 1308, 1304, 1313, 1314 I, 1315 aufgeführten, während § 1310 Abs. 2 und 1311 auch bezüglich der W. d. e. G. von Bedeutung bleiben (50/53).

Achter Titel. Kirchliche Verpflichtungen.

§ 1588. Böhtlingk, Das katholische Eherecht, legt dar, daß die Vorschrift des § 1588 nicht den katholischerseits öfters allem staatlich gesetzten Eherecht zum Trotz erhobenen Anspruch darauf zu rechtfertigen vermag, daß alle ehelichen Angelegenheiten vor das Forum der Kirche gebracht werden, daß die katholischen Standesbeamten ihre Funktion bei der Eheschließung als eine „bloße Förmlichkeit" betrachten sollen (denn jede nicht vor kirchlichem Forum geschlossene Ehe sei „Konkubinat"), und daß die Richter — bei Vermeidung der vom Tridentinum angedrohten Exkommunikation — „nicht ohne kirchliche Ermächtigung" zugunsten der Auflösung einer Ehe entscheiden, wie es von Heiner (Universitätsprofessor und Prälat in Freiburg) in seinem „Lehrbuch für das katholische Eherecht" behauptet und gefordert wird. S. auch IDR. 2 zu § 1588.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1589. *Natter, AzivPr. **95** 123 ff., bespricht die uneheliche Vaterschaft (§§ 1589, 1310, 1708 ff., 1719, 1723 BGB., §§ 640, 644 ZPO.) und die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens derselben. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß wohl die einzelnen in der unehelichen Vaterschaft begründeten Rechtsbeziehungen zum Gegenstande einer Feststellung im Prozesse gemacht werden können, daß also Klagen gegeben seien auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens

a) des Ehehindernisses der durch uneheliche Vaterschaft vermittelten Verwandtschaft nach § 1310,

b) der Alimentations- und Ersatzverbindlichkeiten aus den §§ 1708 ff.,

c) der durch nachfolgende Ehe oder Ehelichkeitserklärung erlangten rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes,

daß aber nicht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft als solchen geklagt werden könne, weil sie etwas rein Tatsächliches, kein Statusverhältnis sei, auf das sich alle weiteren an sie geknüpften Rechtswirkungen zurückführen ließen, mit dessen rechtskräftiger Feststellung somit die Grundlage für die sämtlichen Rechtswirkungen in unanfechtbarer Weise festgestellt wäre. § 644 ZPO. könne hieran als lediglich prozessuale Vorschrift nichts ändern; er sei gegenstandslos.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. RG. JW. **04** 236, Gruchots Beitr. **48** 968: Zum Zwecke des Nachweises der offenbaren Unmöglichkeit, daß das Kind vom Manne erzeugt sei, können alle hierfür überhaupt geeigneten Umstände (z. B. auch der Reifegrad des Kindes) herangezogen werden.

2. BayObLG., R. **04** 78, RJA. **4** 80, ZBlFrG. **5** 46: Ist ein Kind nach Eingehung der Ehe und nicht später als am 302. Tage nach Auflösung der Ehe geboren und der Mann gestorben, ohne das ihm nach § 292 ZPO. zustehende Anfechtungsrecht verloren oder die rechtskräftige Feststellung der Unehelichkeit erwirkt zu haben, so hängt die Ehelichkeit des Kindes lediglich davon ab, ob die Vermutung des § 1591 Abs. 1 zutrifft. Ist das nicht der Fall, so gilt das Kind als unehelich und bedarf eines Vormundes.

§ 1596. 1. OLG. **7** 417 (Hamburg): Die Klage auf Feststellung eines Eltern- und Kindesverhältnisses ist als Statusklage anzusehen, für welche die §§ 640 ff. ZPO. gelten. Nach § 70 GVG. ist das Landgericht zuständig.

2. OLG. **8** 346 (KG.): Abs. 3 bezweckt nicht, die Wirkungen der Anfechtung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreits hinauszuschieben, also dem Urteile konstitutive Wirkung beizulegen. Ein rechtskräftiges Urteil, das auf die Anfechtungsklage die Ehelichkeit des Kindes verneint hat, beseitigt den Unterhaltsanspruch des Kindes schlechthin, das Urteil hat rückwirkende Kraft.

§ 1597. Zu Abs. 2 Satz 1 bemerkt Boschan, Nachlaßsachen II 231: Die Mitteilungspflicht besteht gegenüber sämtlichen Erben, nicht nur gegenüber denjenigen, deren Erbrecht von dem Personenstande des Kindes betroffen wird.

§ 1598. RG. Gruchots Beitr **48** 969: Die zum Standesregister erfolgte Anmeldung des in der Ehe geborenen Kindes seitens des Ehemanns begründet eine Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes nicht.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

§ 1601. 1. Neukamp, R. **04** 513: Dem gesetzlichen Unterhaltsanspruche liegen zwei Elemente zugrunde: die Unterhaltsbedürftigkeit auf seiten

des Berechtigten und die Unterhaltsfähigkeit auf seiten des Verpflichteten. Der Einwand des Beklagten, er sei nicht unterhaltsfähig, ist eine rechtsvernichtende Tatsache, die bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung berücksichtigt werden muß und darum auch noch in zweiter Instanz die Abweisung der Klage auf Gewährung der Unterhaltsrente zur Folge hat, wenn der Unterhaltsverpflichtete im Laufe des Rechtsstreits die Unterhaltsfähigkeit verliert. — Verliert der Unterhaltspflichtige nachträglich die Unterhaltsfähigkeit, so muß der schon rechtskräftig zuerkannte Unterhaltsanspruch auf Grund des § 323 ZPO. wieder aberkannt werden.

Eheleute, welche sich der gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber Angehörigen des einen Ehegatten durch den nachträglichen Abschluß eines Gütertrennungsvertrags entziehen, sind dem Geschädigten zum Ersatze des Schadens gemäß § 826 BGB. — und zwar auf Grund des § 840 BGB. als Gesamtschuldner — verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch kommt der Höhe nach dem entzogenen Unterhaltsanspruche gleich.

2. *Franz Leonhard, Beweislast 425: Der Kläger muß die Fähigkeit des Beklagten zur Unterhaltsgewährung beweisen. Vgl. dagegen JDR. **1** Ziff. 3 zu § 1603.

3. **RG.** JW. **04** 339: Dem einen Elternteile gegenüber ist der andere Elternteil als ein anderer unterstützungspflichtiger Verwandter anzusehen. Das sittliche Wesen der Ehe und die eheliche Lebensgemeinschaft verlangen bei bestehender Ehe von jedem Elternteil, nach Möglichkeit zur Herabminderung der Härte beizutragen, die sich für den anderen Ehegatten aus der ihm in erster Reihe den gemeinschaftlichen Kindern gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht ergibt.

Ebenso **RG. 57** 70 ff., JW. **04** 205: Der gesteigerten Unterhaltspflicht eines jeden Elternteils als einer Einzelverpflichtung ist die Unterhaltspflicht aller übrigen Verwandten und darum auch des anderen, ihm in der Haftung nachfolgenden Elternteils gegenübergestellt. Zu den Verwandten, deren Vorhandensein nach § 1603 Abs. 2 die gesteigerte Unterhaltspflicht des Vaters ausschließt, gehört somit im Regelfalle des § 1606 Abs. 2 auch die Mutter des Kindes, sofern und soweit sie unterhaltspflichtig ist. (Gegen OLG. **3** 369, **6** 167.)

4. **RG.** JW. **04** 206, DJZ. **04** 505: Die Beweislast für das Unvermögen hat der Unterhaltspflichtige. Unvermögen liegt nicht schon dann vor, wenn das Vermögen ertraglos, verwendbares Stammvermögen aber vorhanden ist oder die Arbeitskraft zum Erwerbe ausgenutzt werden kann. Bei der Unterhaltspflicht des wiederverheirateten Elternteils ist darauf Rücksicht zu nehmen, inwiefern er Beisteuer zu seinem eigenen Unterhalt aus dem Vermögen des zweiten Ehegatten erhält.

§ 1602. 1. Schefold, WürttZ. **46** 1 ff.: Empfängt ein uneheliches Kind von seinem Vater eine Abfindungssumme, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen, also vom Vater vor der Mutter zu leistenden Unterhaltspflicht (§ 1714). Daraus folgt, daß diese Summe (nicht nur ihre Zinsen!) in erster Linie zum Unterhalte des Kindes ausschließlich zu verwenden ist und die Mutter nur, soweit die Abfindungssumme nicht zureicht, einzutreten hat. Bestimmungen des Abfindungsvertrags, welche das Verhältnis der Unterhaltspflicht zum Nachteile der unehelichen Mutter ändern, sind ihr gegenüber unwirksam.

2. **RG.** JW. **04** 295: Allerdings hat der den Unterhaltsanspruch erhebende Verwandte den Nachweis zu erbringen, daß er außerstande sei, sich selbst zu unterhalten. Dieser Nachweis erheischt aber weder an und für sich eine Klarstellung der Art und Weise, wie er seit dem Eintritte der behaupteten Bedürftigkeit die Mittel, sein Leben zu fristen, tatsächlich gewonnen hat, noch auch hängt

das Maß dessen, was zur Bestreitung des Unterhalts (notdürftigen oder standesmäßigen) erforderlich ist, mit Notwendigkeit von dem tatsächlichen Aufwande bzw. von dem Betrag ab, welchen die Klägerin für den ihr von dritter Seite gewährten Unterhalt fortlaufend schuldig wird.

RG. JW. **04** 207, 340: An der Voraussetzung des Abs. 1 fehlt es bei einem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde, wenn es den Unterhalt mit Wissen des Vaters von der dazu bereiten Mutter gewährt erhält, ungeachtet der Vater dazu verpflichtet sein würde.

3. OLG. **8** 347 (Dresden): Eheliche Kinder sind nicht unbedingt bis zur Vollendung des 16. Lebensjahrs, sondern nur bis zu dem Zeitpunkte zu unterhalten, wo sie ihren Unterhalt ganz oder teilweise selbst verdienen können.

4. OLG. **9** 448 (Cöln): Eine Anfechtung des Gütertrennungsvertrags, welcher bezweckt, den einen Ehegatten von seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinen Verwandten zu befreien, findet nicht statt. (AnfG. §§ 2, 3.)

§ 1603. Abs. 1. 1. *Lößl, Recht auf Unterhalt 31: Die Beurteilung, inwieweit der Verpflichtete trotz geringfügiger Mittel oder kleinen Erwerbes gleichwohl in der Lage sei, seiner Unterhalts-Verpflichtung nachzukommen, unterliegt der richterlichen Kognition; diese kann aber auch in das Stadium der Exekution verlegt werden, was z. B. im Sinne des § 39 Ziff. 8 der österr. ExekO. keiner formalen Schwierigkeit unterliegt. Es entspricht dies sowohl der Prozeßökonomie als dem Interesse des Unterhalts-Berechtigten, welcher sonst genötigt wäre, so oft er von einem Vermögen oder Einkommen des Verpflichteten erfährt, stets eine neue, vielleicht während des Prozesses fruchtlos werdende Klage anzustrengen und daher aus Furcht vor abermaligen Mißerfolgen den Anspruch fallen lassen wird. — Diese Auffassung liegt (wegen der subsidiären Armenversorgung) auch im öffentlichen Interesse. Zur Bestimmung der Unterhaltsrente bietet schon das auf das Notwendigste berechnete Bedürfnis des Berechtigten den verläßlichsten Maßstab.

2. *Kähler, Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft 50: Der Staat, der die Unterhaltsberechtigten eines unschuldig Bestraften zc. entschädigen muß, darf nicht einwenden, daß der Bestrafte zc. durch die Vollstreckung verarmt, also nicht mehr unterhaltspflichtig gewesen sei.

3. **RG. 57** 76, JW. **04** 205: Der Vater des minderjährigen unverheirateten Kindes kann einer dem § 1603 Abs. 2 entsprechenden Steigerung seiner Unterhaltspflicht damit begegnen, daß er das Kind auf die Unterhaltspflicht der Mutter verweist. Ihm liegt jedoch nicht die Beweislast dafür ob, daß die Mutter leistungsfähig sei; vielmehr ist es Sache des klagenden Kindes, mit einem Gegeneinwande die mangelnde Leistungsfähigkeit der Mutter und damit deren Befreiung von der Unterhaltspflicht nach Maßgabe des § 1603 Abs. 1 geltend zu machen und darzutun.

4. **RG.** JW. **04** 295, R. **04** 362, handelt von der Heranziehung des Kapitalvermögens des Unterhaltspflichtigen und betont, daß auch in Betracht gezogen werden müsse, ob der Unterhaltspflichtige in der Zukunft durch Minderung seines Kapitals bezüglich seines Fortkommens gefährdet werden könnte.

§§ 1606 ff. 1. *Franz Leonhard, Beweislast 425: Der Kläger muß beweisen, daß keine näheren Verwandten vorhanden sind.

2. Vgl. **RG. 57** 69 ff., JW. **04** 205 zu § 1601 Nr. 3 und § 1603 Nr. 3.

§ 1608. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 90, R. **04** 503: Die Lebensstellung eines bedürftigen Kindes bestimmt sich nach derjenigen des Vaters, auch nach der Scheidung der Ehe.

§ 1610. *Kähler a. a. O. 49: „Standesmäßiger" und „notdürftiger" Unterhalt auch bei Entschädigung der Unterhaltsberechtigten eines unschuldig Bestraften (Verhafteten) durch den Staat zu berücksichtigen.

§ 1612. RG. 57 77, R. 04 449: Das Recht des Vaters, gemäß Abs. 2 die Art der ihm obliegenden Unterhaltsgewährung selbst zu bestimmen, hat seine Grenze darin, daß der Unterhalt in der dargebotenen Art dem Kinde erreichbar sein muß. Der Vater darf daher dem Anspruch auf Zahlung einer Unterhaltsrente nicht das Verlangen entgegenstellen, daß das am anderen Orte lebende Kind den Unterhalt in Gestalt der unmittelbaren Verpflegung bei ihm entgegennehme.

§ 1613. OLG. 8 347 (Braunschweig): Für die Zeit bis zum 1. Januar 1900 können Alimente für die Vergangenheit nachgefordert werden.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

Vorbemerkung: Der Familienname (§ 1616) hat sowohl die Rechtsprechung als die Wissenschaft beschäftigt, und zwar die Rechtsprechung hauptsächlich die Frage, welcher Name mit der Geburt erworben wird, also der richtige Familienname ist, während in der Literatur die Namensänderung vielfache und vielseitige Erörterung gefunden hat, insbesondere auch die Namensänderung durch Zusätze oder durch Änderung der Schreibweise. Auch die Wahl des Vornamens ist Gegenstand theoretischer Behandlung gewesen, namentlich die Frage, ob und inwieweit Schranken für die Namenswahl bestehen.

Zu § 1620 ist die Entstehung und der Gegenstand des Aussteueranspruchs erörtert worden. Über die Möglichkeit einer Klage der verlobten Tochter auf Gewährung einer Aussteuer sind verschiedene Auffassungen hervorgetreten (s. JDR. 1 zu § 1620 Ziff. 3 und 2 zu § 1620 Ziff. 1). Das RG., welches schon früher eine Feststellungsklage für möglich hielt, erachtet jetzt auch Klage auf künftige Gewährung einer Aussteuer (§ 259) für zulässig. Den Gegenstand des Aussteueranspruchs behandelt eine Entscheidung des KG., die sich auch darüber ausspricht, ob der Anspruch unter Umständen auf Geld gehe.

Die vom RG. (JDR. 2 zu § 1624 Ziff. 2b) entschiedene Frage, ob ein Mitgiftversprechen durch den Zweck der Beförderung der Ehe ein lästiger Vertrag und der Schenkungscharakter ausgeschlossen werde, ist von mehreren Oberlandesgerichten und im Anschlusse daran von Landsberg behandelt worden; sie wird von den Oberlandesgerichten verneint, von Landsberg bejaht, der hervorhebt, daß diese ausdrücklich oder stillschweigend aufgenommene Zweckbestimmung nur der wirtschaftlichen Sicherung der Ehe diene und deshalb nichts Unsittliches enthalte, und die Ansicht ausspricht, daß auch das RG. nur in dem von ihm behandelten Falle, aber nicht schlechthin dem Heiratsversprechen die Eigenschaft einer Gegenleistung habe absprechen wollen.

Literatur: Boden, Namensgleichheit, ZBlFrG. 5 312 ff. — Diefenbach, Namensrecht, PucheltsZ. 35 89, 493 ff., 569 ff. — Meikel, Namensänderung, R. 04 329. — Meyer, Bestrafung von Namensänderungen in Bayern, SeuffBl. 04 4 ff. — Rintelen, Polnische Vornamen, DJZ. 04 252. — Schönfeld, Polnische Vornamen, DJZ. 04 109. — Landsberg, Mitgiftversprechen, PosMschr. 04 122.

§ 1616. A. Familienname.

I. Erwerb durch die Geburt.

1. a) KGJ. 27 C 36, DJZ. 04 74 (KG.): Der Familienname wird regelmäßig erworben durch die Geburt; jeder hat den in diesem Zeitpunkte seinem Vater gesetzlich zustehenden Namen als eigenen zu führen. Das ordnungsmäßig geführte Geburtsregister liefert vollen Beweis für diesen Namen, der Gegenbeweis der Unrichtigkeit ist zulässig. Es kommt — anders als nach KGJ. 22 C 115 (JDR. 2 zu § 12 Ziff. 3d), aber übereinstimmend mit KGJ. 24 A 167 (JDR.

2 zu § 1616 Ziff. 1b) — nicht darauf an, ob der Vater zur Zeit der Geburt den Namen geführt hat; nicht der widerrechtlich von dem Vater angenommene Name geht auf die Kinder über, sondern der dem Vater zukommende, der „eigentliche" Name. Langjährige Führung eines fremden oder erdichteten Namens kann den richtigen Namen verdunkeln; Recht und Pflicht zur Führung des eigentlichen Namens wird hierdurch nicht geändert, nach ALR. und BGB. auch nicht durch unvordenkliche Verjährung. ⇛ Über unvordenkliche Verjährung als Grund für Namenserwerb im gemeinen Rechte s. **RG.** SeuffA. **59** 307; über Ersitzung nach franz. Rechte Diefenbach, PuceltsZ. **35** 89 (s. a. 681). — Red. ⇚

b) OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 15 ff.: Es kommt jedem der Familienname zu, den sein Vater (bzw. die uneheliche Mutter) mit Recht führt. Über den richtigen Namen gibt Kirchenbuch oder Standesregister Auskunft, aber der Gegenbeweis ist zulässig. Eine unrichtige Eintragung ändert den Familiennamen nicht, weder für den Eingetragenen, noch für dessen Nachkommen, sie schafft kein formelles Recht, vielmehr ist Berichtigung auf den bloßen Nachweis der Unrichtigkeit zulässig; die Eintragung berührt nicht das Recht des Eingetragenen, vor wie nach der Berichtigung den ihm von Rechts wegen zukommenden Namen zu führen.

2. Adel.

a) Eck, Vorträge (2) 504: In Preußen ist der Zusatz „von" hauptsächlich Adelsabzeichen und geht deshalb auf das uneheliche Kind nicht über.

b) KGJ. **28** A 167: Bei Verdunkelung des Adels durch Nichtbenutzung in zwei Geschlechtsfolgen hat nach ALR. II. 9 § 95 über das Recht der Wiederaufnahme des Adels, sowie über das Vorliegen einer Verdunkelung als gesetzlicher Voraussetzung, ausschließlich das Heroldsamt zu entscheiden, während im übrigen Prozeßrichter, Strafrichter und Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich auch über Vorfragen des öffentlichen Rechtes entscheiden, insbesondere über die Frage der Zugehörigkeit zum Adelsstande (Führung des Adelstitels bei Eintragungen im Standesregister und Grundbuche).

II. Namensänderung.

1. Diefenbach, PuceltsZ. **35** 570 ff.

a) Ersatz des Familiennamens durch einen anderen.

α. Derjenige, dem eine Namensänderung durch Verfügung der Staatsgewalt nach landesrechtlicher Norm gestattet wird, wird dadurch selbst zum Haupt einer neuen Familie, so daß sein neuer Familienname nun auch derjenige seiner Abkömmlinge wird.

β. Wird bei einem Findelkinde nachträglich seine Abstammung und damit der wirkliche Familienname ermittelt (§ 24 PStG.), so war der ihm beigelegte Zuname ein falscher, nur provisorischer, der dem echten weichen muß.

⇛ Staudinger-Engelmann (2) Note 8 zu § 1616: Wird der Familienstand des Kindes ermittelt, so tritt an Stelle des von dem Vormunde beigelegten der dem Familienstande des Kindes entsprechende Name. — Red. ⇚

γ. Ähnlich bei anerkannten (?) und legitimierten Kindern, die statt des mütterlichen den väterlichen Namen erhalten.

b) Beifügung eines neuen zu dem bisherigen Familiennamen.

α. Adoption (§ 1758 Abs. 2).

β. Bei verheirateten Frauen, die ihren Geburtsnamen dem des Ehemanns beifügen dürfen (vgl. § 1577). Umgekehrt darf auch, entsprechend dem in manchen Gegenden bestehenden Brauche, ein Mann seinem Familiennamen denjenigen seiner Frau anhängen (s. a. Colin, PuceltsZ. **35** 493 ff.), wie auch sonst die Führung zusätzlicher Beinamen statthaft ist, z. B. Georg Schmidt der Erste, der Zweite usw.

Meyer, SeuffBl. 04 4 ff., hält nach bayr. Rechte die Beifügung des Mädchennamens der Ehefrau zu dem Mannesnamen (mit Verbindungsstrichen) für unzulässig, sowohl für die Frau wie für den Mann (s. unten Ziff. 4).

2. Abweichung der weiblichen Familiennamen.

Nach Schönfeld, DJZ. 04 109, verstößt die Abweichung der weiblichen Familiennamen von dem des Mannes oder Vaters gegen §§ 1355, 1616; die Tochter des Talar (Thaler) darf nicht Talarowka heißen. Dagegen Rintelen, DJZ. 04 252: Diese Abweichungen sind sprachlich berechtigte Flexionsformen, gerade wie das noch im 18. Jahrhundert in der deutschen Schriftsprache regelmäßig vorkommende „in" (Schillers Luise Millerin).

3. Abweichende Schreibart.

PrOVG., DJZ. 04 222: Abweichende Schreibart des Familiennamens trotz Gleichklang bei der Aussprache enthält eine Namensänderung; der Tatbestand einer Änderung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Schreibart schon bei dem Geburtseintrag im Kirchenbuch angewandt und von dem Namensträger selbst gebraucht ist. Auch KG., DJZ. 00 484 hält jede schriftliche Abweichung von dem richtigen Namen für eine Namensänderung im Sinne der PrKabO. v. 15. 4. 22; ebenso Meyer, SeuffBl. 04 5: Jede Änderung der Schreibweise ist Namensänderung (nach bayr. Rechte: Art. 3 AGBGB. und § 6 Abs. 2 der Bek. v. 27. 12. 99).

4. Meikel, R. 04 329 im Anschluß an ein Urteil des BayObLG.:

a) Die Befugnis zur Namensänderung richtet sich nach dem Personalstatut.

b) Wenn jemand zwischen Vor- und Familiennamen den Familiennamen eines Dritten einschiebt, so ist dies Änderung des Familiennamens, auch wenn der Name als Vorname geführt werden sollte.

c) Wenn eine Frau ihren Mädchennamen neben ihrem Mannesnamen führen will, so ist hierfür das Recht des Staates maßgebend, dem sie infolge der Heirat angehört.

5. KGJ. 28 C29: Ein Preuße, der in den Vereinigten Staaten von Nordamerika sich 5 Jahre aufgehalten und naturalisierter Staatsangehöriger derselben geworden ist, kann, nach Preußen zurückgekehrt, ohne Verstoß gegen die KabO. v. 15. 4. 22 den neuen Familiennamen führen, den er im Auslande nach dem dortigen Rechte wirksam angenommen hat.

6. Nach Staudinger-Engelmann (2) Note 2c zu § 1616 erstreckt sich in Ermangelung landesrechtlicher Vorschriften eine durch obrigkeitlichen Akt erfolgende Änderung des Familiennamens des Vaters im Zweifel auf das Kind nicht ohne dessen oder seines gesetzlichen Vertreters Einwilligung; dabei ist es unerheblich, ob das Kind volljährig oder minderjährig und unter der Gewalt des Vaters, da § 1616 auf der Familienzugehörigkeit des Kindes beruht.

B. Vorname.

1. Befugnis zur Beilegung.

OLG. Marienwerder, PosMschr. 04 15 ff.: Der Vorname wird von dem Vater (oder dem sonst Berechtigten) beigelegt. Der Vorname kommt dem Kinde von Rechtswegen in der Form zu, in der er ihm vom Vater beigelegt ist; ist er im Geburtsregister in anderer Schreibart eingetragen, so ist der Nachweis der Unrichtigkeit zulässig. Die Beilegung des Vornamens in polnischer Form ist zulässig, auch wenn es eine entsprechende deutsche Form gibt; in solchem Falle wäre auch die polnische Schreibweise bei dem Eintrag in das Register anzuwenden. Die lateinischen Vornamen in den Kirchenbüchern sind nur Übersetzungen der angemeldeten Namen; es ist dann anderweit zu ermitteln, welcher Vorname wirklich dem Kinde beigelegt ist; ist der Vorname in polnischer Fassung beigelegt, so ist Führung des Vornamens in dieser Fassung Recht und Pflicht.

2. Beschränkung der Namenwahl.

Schönfeld, DJZ. **04** 109: Der Vater ist nicht völlig frei in der Wahl; die Sitte und nötigenfalls der Staat müssen es verhindern, daß ein niedrig denkender Vater seinem Kinde durch einen sittlich anstößigen oder schimpflichen Vornamen einen dauernden Makel anheftet.

Ebenso Diefenbach, Puchelts Z. **35** 569: Der gesetzliche Vertreter wählt den Vornamen nach freiem — nur durch gewisse allgemeine Schranken der Sitte und der Wohlanständigkeit eingeschränktem — Ermessen.

Boden, ZBlFrG. **5** 312 ff.: Statt eines allgemein gebräuchlichen Vornamens kann ein selbsterfundener gewählt werden. Bei allgemein gebräuchlichen Vornamen bildet eine Verschiedenheit der Schreibart kein Unterscheidungsmerkmal für den Namensträger (ebensowenig wie Reihenfolge mehrerer solcher Vornamen). Anders bei den Familiennamen nach moderner Anschauung, während noch vor nicht langer Zeit in der Schreibweise der Familiennamen völlige Freiheit herrschte, Verschiedenheit der Schreibweise deshalb nicht als wesentlich empfunden wurde und deshalb auch nicht für alle Familiennamen eine bestimmte Schreibweise zur allein gültigen erhoben ist, so daß man im Grundbuchverkehr andere Individualisierungsmittel zu Hilfe nehmen muß.

Meyer, SeuffBl. **04** 4: Die Beifügung eines Namens, der nach deutscher Sprachsitte kein Vorname ist, involviert eine Änderung des Geschlechtsnamens, auch wenn er als Vorname gedacht war.

§ 1617. Staudinger-Engelmann (2) Note 4 zu § 1617: Der Anspruch auf Dienstleistung ist gegenüber dem unter dem Erziehungsrechte der Eltern stehenden Kinde unmittelbar erzwingbar, nötigenfalls nach § 1631 Abs. 2, im übrigen im Klagewege zu verfolgen.

Staudinger-Engelmann (2) Note 6 zu § 1617: Da das Kind für die nach § 1617 zu leistenden Dienste eine Vergütung nicht beanspruchen kann, so erscheint eine für dieselben von den Eltern gewährte oder versprochene Gegenleistung als unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 516; s. JDR. **1** zu § 1617 Ziff. 7.

§ 1619. Staudinger-Engelmann (2) Note 4d zu § 1619: Die bereits bezogenen, bei Beendigung der Verwaltung noch vorhandenen Einkünfte dürfen die Eltern behalten.

Cosack (4) II 604: Der Vater kann den Reinertrag nach freiem Ermessen, im eigenen Nutzen oder zugunsten der Geschwister, verwenden und ist keine Rechenschaft schuldig.

§ 1620. 1. Entstehung des Aussteueranspruchs.

Staudinger-Engelmann (2) Note 7 zu § 1620: Der Aussteueranspruch entsteht erst im Augenblicke der Verheiratung; es kann aber Klage auf künftige Leistung unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO. erhoben werden, auch Feststellungsklage schon vor der Ehe möglich.

RG. 58 139, DJZ. **04** 813, JW. **04** 389: Die verlobte Tochter kann gegen den Vater schon vor der Heirat mit dem Antrage klagen, daß er ihr nach der Heirat eine angemessene Aussteuer gewährt; § 259 ZPO. ist anwendbar, auch wenn das künftige Ereignis (Anfangstermin oder anderes Tatbestandsmoment) den Anspruch erst zur Entstehung bringt; s. JDR. **1** zu § 1620 Ziff. 3.

2. Gegenstand des Aussteueranspruchs.

KG., KGBl. **03** 22: Die Verpflichtung des Vaters geht nicht auf Beschaffung der Haushaltsgegenstände in Natur, er kann sich vielmehr durch Leistung eines ausreichenden Geldbetrags befreien. Der Anspruch der Tochter kann unter Umständen gerade auf Geld gehen, besonders dann, wenn der Vater trotz Aufforderung seiner Verpflichtung nicht nachkommt, da einer großjährigen (!) Tochter

die namentliche Bezeichnung der erforderlichen Aussteuerstücke nicht zugemutet werden kann. Bei der Frage der Angemessenheit sind nicht nur Stand und Verhältnisse des Ehemanns, sondern auch die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Vaters in Betracht zu ziehen, wobei der Stand des Mannes nur zur Erhöhung oder Herabsetzung der Aussteuer führen kann; s. JDR. **1** zu § 1620 Ziff. 2 a. E. und Ziff. 1 b.

Nach Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 5 b zu § 1620 geht die Verpflichtung auf Gewährung der Sachen in Natur, es kann aber gemäß § 242 Recht und Pflicht zur Geldleistung eintreten, besonders wenn bei gespanntem Verhältnisse die Rücksichtnahme auf die persönlichen Bedürfnisse und Neigungen nicht zu erwarten ist.

3. Verpflichteter.

Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 3 b β zu § 1620 hält den Annehmenden für aussteuerpflichtig, ohne daß dadurch die Verpflichtung des leiblichen Vaters ausgeschlossen würde, so jedoch, daß die Aussteuer nur einmal verlangt werden kann; s. JDR. **1** zu § 1620 Ziff. 2 und **2** zu § 1620 Ziff. 2.

4. Verzicht.

Cosack (4) II 584: Vertragsmäßiger Verzicht der Tochter auf die Aussteuer ist nur für die Vergangenheit gültig.

§ 1624. 1. Begriff der Ausstattung.

OLG. 8 348 (Hamburg): Auch eine zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft nicht erforderliche Zuwendung ist Ausstattung, wenn sie mit Rücksicht auf die Verheiratung gemacht wird, da nach dem klaren Wortlaute des § 1624 nicht nur die zu jenen Zwecken gemachte Zuwendung, sondern alternativ daneben jede mit Rücksicht auf die Verheiratung erfolgte Zuwendung, gleichgültig, ob sie für das Kind notwendig ist oder nicht, als Ausstattung erscheint. „Zuwenden" kann im Gewähren von Vermögenswerten und im Versprechen solcher bestehen.

2. Mitgiftversprechen als lästiger Vertrag.

Die JDR. **2** zu § 1624 Ziff. 1 b mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch SeuffA. **59** 319.

KG. SeuffA. **59** 139: Ein Mitgiftversprechen, das der Vater der Braut deren Verlobtem erteilt, ist nicht als lästiger Vertrag wie nach § 1048 I 11 ALR. anzusehen, fällt auch nicht unter § 1624, weil nicht dem Kinde erteilt, unterliegt vielmehr der Formvorschrift des § 518.

OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 122: Das formlose Ausstattungsversprechen zugunsten der Tochter ist in den Grenzen der Angemessenheit gültig, darüber hinaus ungültig. Das dem künftigen Schwiegersohne gegebene Mitgiftversprechen ist als formlose Schenkung überhaupt ungültig und der Schenkungscharakter wird durch die Zweckbestimmung, die Eheschließung zu befördern, nicht beseitigt (im Anschluß an RG. s. o.). Die Bedingung, daß der Versprechensempfänger die Tochter des Versprechenden heirate, ist zwar zur Beförderung der Eheschließung gestellt, kann aber nach BGB. nicht als Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden.

OLG. Posen, PosMschr. **04** 122: Das Versprechen einer dem Schwiegersohne mit Rücksicht auf seine Verheiratung mit der Tochter des Versprechenden zu gewährenden Zuwendung verstößt nicht gegen die guten Sitten, unterliegt aber der Formvorschrift für Schenkungen, sofern nicht eine besondere Gegenleistung bedungen ist; in dem von dem Schwiegersohn abgegebenen und erfüllten Versprechen der Heirat der Tochter kann eine Gegenleistung nicht erblickt werden (im Anschluß an RG. und KG. s. o.).

Landsberg, PosMschr. **04** 122 ff. bespricht diese Erkenntnisse und sucht darzutun, daß das RG. (s. JDR. **2** zu § 1624 Ziff. 1 b) im Gegensatze zu KG.

und OLG. Marienwerder und Posen der bedungenen Heirat nicht unter allen Umständen, sondern nur in dem ihm damals vorliegenden Falle die Eigenschaft einer Gegenleistung gegenüber der Mitgiftzuwendung abgesprochen, vielmehr die Möglichkeit anerkannt habe, daß die Eheschließung als eine dem Mitgiftversprechen gleichwertige Leistung von den Parteien ausgesprochenermaßen zum Gegenstand eines vermögensrechtlichen Vertrags gemacht würde. Landsberg spricht sich dahin aus, daß ein solcher Vertrag nur die Eingehung einer wirtschaftlich gesicherten Ehe bezwecke und deshalb nicht unsittlich, daß das Heiratsversprechen zwar klaglos, seine Erfüllung unerzwingbar, daß es aber doch gültig sei (natürliche Verbindlichkeit, Schadensersatzpflicht in entsprechender Anwendung des § 1298), daß Eheschließung und Mitgift nicht nur „ausgesprochenermaßen", sondern auch durch stillschweigende, wenn nur unzweideutige Willenserklärung in das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gestellt werden können und hierbei § 151 BGB. eingreife, der demnach den § 1048 I 11 ALR. ersetze, so daß gegenüber dem Rechtszustande des ALR., da § 1048 a. a. O. auch das beiderseits gewollte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung voraussetze, sich nichts geändert habe.

3. Mitgiftversprechen gegenüber dem Schwiegersohne.

RG. Gruchots Beitr **48** Beil. 970 ff., JW. **04** 405: Hat der Vater in Gegenwart der Tochter dem Bräutigam dieser für den Fall, daß er die Tochter heirate, eine bestimmte „Mitgift" versprochen, so ist die Zusage nicht notwendig Schenkungsversprechen, kann vielmehr Zusage einer Ausstattung sein, die der Vater, obschon er sich bei dem Versprechen an den Bräutigam wandte, in Wirklichkeit der Tochter bestimmte. ⟶ Vgl. OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 39. — Red. ⟵ Deshalb kommt § 1624 zur Anwendung und die Formvorschrift des § 518 nur hinsichtlich des etwaigen Übermaßes in Betracht, in einem solchen Falle würde auch eine ohne die Absicht der Umgehung des § 313 BGB. formlos erteilte Zusage des Vaters, nach seiner Wahl als Mitgift ein Grundstück oder eine Geldsumme zu geben, gültig sein, wenn anzunehmen, daß die Parteien die Zahlung der Geldsumme auch ohne die Abrede über das Grundstück vereinbart hätten.

OLG. Posen, PosMschr. **04** 167: Im allgemeinen bedeutet jedes sog. Mitgiftversprechen eine Zuwendung an die Frau zugunsten der zu schließenden Ehe, gleichgültig, ob es der Frau oder dem Manne gegenüber abgegeben ist; damit unterliegt es auch als Vermögen der Frau dem betreffenden Güterrechte. Die Erfahrung des täglichen Verkehrs lehrt, daß nur die Tochter einen Anspruch auf die für die Zwecke der Ehe bestimmte Mitgift haben soll.

4. OLG. 8 334 (Posen): Versprechen einer Morgengabe in der Regel unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32^2 KO.; der Entschluß, die Ehe einzugehen, erscheint nicht als eine den Charakter der unentgeltlichen Verfügung ausschließende Gegenleistung.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt, das in seiner Gesamtheit nur in den Neuauflagen des Staudinger-Engelmannschen Kommentars und des Cosackschen Lehrbuchs sowie in den Vorträgen von Eck (Leonhardt) behandelt, im übrigen in zahlreichen Einzelfragen von Theorie und Praxis berührt und gefördert ist, hat die Personensorge auch in dem Berichtsjahre wieder den Hauptanteil der Erörterung auf sich vereinigt, am meisten allerdings die tatsächliche Sorge, aber auch die Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten. In dieser Beziehung ist namentlich das Recht des Vaters zur Stellung des Strafantrags und zur Erhebung der Privatklage wegen einer das Kind verletzenden Straftat Gegenstand mehrerer wissenschaftlichen Abhandlungen und gerichtlichen Erkenntnisse gewesen, die sich mit der Frage beschäftigten, ob der Vater noch kraft eigenen Rechtes oder nur als gesetzlicher Vertreter des Kindes Strafantrag stellen

und Privatklage erheben könne, und fast ausschließlich, insbesondere auch das Kammergericht unter Aufgeben des früheren abweichenden Standpunkts, zu dem Ergebnisse gelangen, daß der Vater immer als gesetzlicher Vertreter des Kindes ausdrücklich oder stillschweigend in dessen Namen handeln müsse, jedenfalls das Kind nicht im Privatklageverfahren als Zeuge auftreten könne (s. zu § 1630 Ziff. 1).

Im Bereiche der tatsächlichen Personensorge ist zunächst das Züchtigungsrecht zu erwähnen, das in einer lehrreichen Abhandlung von Havenstein (s. zu § 1631 Ziff. 1) in seiner rechtlichen Begründung unter Betonung der wesentlichen Verschiedenheit zwischen Züchtigung und Körperverletzung und hinsichtlich der seiner Anwendung gezogenen Grenzen untersucht wird. Auch die Möglichkeit der Übertragung des Züchtigungsrechts wie des Erziehungsrechts der Ausübung nach auf andere (z. B. auf Lehrer, auf den Werkmeister gegenüber einem Fabriklehrlinge) ist erörtert und bejaht worden im Gegensatze zu einem vertragsmäßigen Verzichte, dem auch im Verhältnisse der Eltern untereinander keine bindende Wirkung zuerkannt wird, auch nicht nach erfolgter Scheidung (s. zu § 1631 Ziff. 1b u. 6 und § 1635 I 2). Das Verhältnis der beiden Eltern in der tatsächlichen Personensorge während der Ehe und nach Auflösung derselben ist ferner in der Richtung besprochen worden, ob gegen Verletzung des Teilnahmerechts des einen Ehegatten, namentlich gänzlichen Ausschluß desselben von dem persönlichen Verkehre mit dem Kinde, das Prozeßgericht oder das Vormundschaftsgericht anzurufen ist (s. zu §§ 1632, 1634 Ziff. 1, 1635 I 1b u. 3b u. 1636 Ziff. 2b). Ob die völlige Entziehung der Personensorge nach § 1666 sowie die Verwirkung der Gewalt nach § 1680 das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde nimmt, ist nicht unbestritten; nach einer Ansicht ist das Recht auf persönlichen Verkehr nicht Ausfluß der elterlichen Gewalt und des Sorgerechts und daher von dem Verlust unabhängig, während eine andere Ansicht in diesem Falle das Ermessen des Pflegers oder Vormundes über den Verkehr entscheiden läßt (s. zu §§ 1666 IV u. 1680).

Der § 1666 ist auch im übrigen in mehrfacher Beziehung Gegenstand der Erörterung gewesen. Neben den Voraussetzungen seiner Anwendung (z. B. grobe Verletzung der Unterhaltspflicht als schuldhafte Vernachlässigung, Einwirkung in religiöser oder politischer Beziehung als Mißbrauch oder unsittliches Verhalten) ist besonders das Verhältnis der Maßregeln aus § 1666 zu der landesgesetzlichen Zwangs- und Fürsorgeerziehung in Abhandlungen von Best und Cordes und die bedeutsame Frage des Einflusses vormundschaftsgerichtlicher Anordnungen auf die Verpflichtungen der Armenbehörde, die Erstreckung ihrer Unterstützungspflicht auf diesen Fall der sog. künstlichen Hilfsbedürftigkeit in mehreren Entscheidungen (BAH. u. KG.) behandelt worden (s. zu § 1666 III 1 u. 2). Die Einwirkung der Zwangserziehung aus § 1666 oder der landesrechtlichen Fürsorgeerziehung auf das Recht der Eltern zur tatsächlichen Personensorge ist in zwei Reichsgerichtsurteilen in Strafsachen verschieden aufgefaßt, in dem einen jedes Recht der Eltern verneint und an dessen Stelle ein Elternverhältnis der neuen Erzieher gesetzt, im anderen Erkenntnis doch ein Erziehungsrecht der Mutter im Rahmen des § 1676 Abs. 2 Satz 3 angenommen worden (s. zu §§ 1666 III 3 u. 1676). Zu erwähnen ist noch ein besonderer Anwendungsfall des § 1665 als Folge der landesgesetzlichen Regelung der religiösen Kindererziehung (s. zu § 1665).

Auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung bot zunächst der § 1640 Anlaß zur Erörterung. Der Versuch einer einschränkenden Auslegung dieser unbeliebten Vorschrift dahin, daß unter „später zufallendem" Vermögen nur das in der Zwischenzeit zwischen dem Tode der Mutter und der Inventarerrichtung anfallende Vermögen zu verstehen sei, Nachtragsverzeichnisse also nicht erfordert werden (s. zu § 1640 I 1 a), dürfte wohl wenig Anklang finden und die herrschende Meinung nicht umstimmen; dagegen findet die Ansicht, die das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft von der Inventarisationspflicht ausschließt, neue Anhänger, ebenso wie die Meinung, daß der Vater als Vorerbe nicht den Nachlaß, auf den die Kinder als Nacherben berufen sind, zu verzeichnen hat (s. zu § 1640 I 2 u. 3).

Das Erfordernis obervormundschaftlicher Genehmigung beim Grundstückserwerbe des Vaters im Namen der Kinder ist mehrfach zur Sprache gekommen. Dasselbe ist für den Fall der Hypothekbestellung wegen des Kaufgeldes bejaht und auf den Fall ausgedehnt worden, daß zwecks Tilgung des Kaufpreises die Übernahme einer bereits auf dem Grundstücke lastenden Hypothek oder auch einer sonstigen Schuld vereinbart wird, als Fall des §§ 414 ff., 1822[10], 1643 (s. zu § 1643 Ziff. 1 u. 2).

Im übrigen ist betreffs des Eingreifens des Vormundschaftsgerichts in die Vermögensverwaltung die Stellungnahme des KG. zu der bereits IDR 1 zu § 1667 Ziff. 5 dargelegten Streitfrage, ob gegenüber dem elterlichen Gewalthaber landesgesetzlich Ordnungsstrafen — von dem Falle des § 1670 Satz 2 abgesehen — zugelassen werden können, hervorzuheben, das sich entgegen dem KG. der die Strafbefugnis bejahenden Ansicht anschließt (s. zu § 1667 Ziff. 2). Im Falle des § 1669 kann das Gericht dem wiederheiratenden Vater den Aufschub der Auseinandersetzung bis nach der Eheschließung gestatten; die Ansicht, daß dieser Aufschub ohne Zeitgrenze bewilligt werden kann (s. IDR. 1 zu § 1669 II 4), hat jetzt auch in die Rechtsprechung Eingang gefunden (s. § 1669 Ziff. 2b).

Außerdem sind noch erwähnenswert folgende Entscheidungen: a) § 1642: Sparkasseneinlagen aus elterlichen Mitteln auf den Namen der Kinder; b) § 1653: Gestattung der Verwendung von Geld in den Nutzen des Vaters gegen Sicherheitsleistung; c) § 1654: Vater zur Kostentragung verpflichtet, wenn das Kind auch vermögenslos ist.

Literatur: Best, Zwangserziehung, R. 04 177. — Cordes, Zwangs- und Fürsorgeerziehung und Armenpflege, Z. f. Verw. i. Old. 30 184 ff. — Cosack (4) II, Lehrb. d. bürg. R. — Eck-Leonhard, Vorträge II. — Havenstein, Züchtigungsrecht der Lehrer, Pr. VolksschA 3 97 ff. — Josef, Das echte Streitverfahren i. freiw. Gerichtsb., ZBlFrG. 4 600 ff. — Ders., Vergleich im Streitverfahren d. freiw. Gerichtsb., Gruchots Beitr. 48 568. — Ders., reformatio in peius, BuschsZ. 33 523. — Krug, Religiöse Kindererziehung, HessRspr. 5 87 f. u. 94 ff. — Marcus, Zur Zweifelsfrage aus §§ 1643 Abs. 2, 1948, R. 04 329 ff. — Monich, Schutz v. Gemein- und Gesamtinteressen i. d. freiw. Gerichtsb., BuschsZ. 33 68 ff. — Rheinstein, Strafantragsrecht des Vaters, IW. 04 136 ff. — Ritter, Rechtliche Stellung des von einer Frau nach der Todeserklärung des Mannes geborenen Kindes, DIZ. 04 1171. — Staudinger-Engelmann (2), Kommentar. — Unger, Zur Zweifelsfrage aus §§ 1643 Abs. 2, 1948, R. 04 277. — Waller, Surrogation — Wittmaack, Privatklage des Vaters, SchlHolstAnz. 04 81 ff.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. OLG. Darmstadt, HessRspr. 5 11, hält die IDR. 1 zu § 1627 Ziff. 3 Abs. 2 u. 2 zu § 1627 Ziff. 4 mitgeteilte Ansicht aufrecht, faßt aber die Zuwendung der Befugnis zur Verwaltung und Veräußerung des Nachlasses als obligatorisch wirkende Auflage an den Erben dahin auf, dem Bedachten eine unwiderrufliche Vollmacht zur Verwaltung des Nachlasses zu erteilen und sich selbst aller Verwaltungshandlungen zu enthalten (s. dazu HessRspr. 5 16: Auflage an die Erben, sich die Veräußerung gefallen zu lassen und daher die erforderliche Zustimmung zu solcher Veräußerung zu erteilen).

Weber, PosMschr. 04 156 ff., tadelt die Beschränkung, die § 1593 der Anfechtung der Ehelichkeit setzt, mit Rücksicht auf die Folgen, daß der Ehemann elterlicher Gewalthaber des tatsächlich unehelichen Kindes wird, aber naturgemäß es weniger gut behandelt als das eigene, vielfach sich gar nicht darum kümmert und deshalb die Armenverwaltung eintreten muß, ohne daß der wahre Vater herangezogen werden kann, daß aber auch die ehebrecherische Mutter bei Verhinderung (Abwesenheit des Mannes) die elterliche Gewalt und damit ein Recht ausübt, das der wiederverheirateten Mutter versagt ist.

§ 1629. Nach Staudinger-Engelmann (2) Note 2b zu § 1696 und Note 2 zu § 1697 ist § 1629 wegen seines Ausnahmecharakters auf eine Meinungsverschiedenheit zwischen der minderjährigen oder wiederverheirateten Mutter

und dem Vormunde (§ 1696) hinsichtlich einer sowohl die Personensorge als die Vermögensverwaltung berührenden Angelegenheit nicht entsprechend anwendbar; es muß vielmehr die fragliche Maßregel unterbleiben, falls nicht Einschreiten nach §§ 1665 ff., 1837 begründet ist. A. A. BayObLG. s. JDR. **1** zu § 1629, v. Blume Note 4 zu § 1800.

BayObLG., ZBlFrG. 5 412: Die Bestimmung des Aufwandes für den Unterhalt des Kindes ist eine nicht nur das Vermögen, sondern auch die Person betreffende Angelegenheit, sofern Art des Unterhalts und der Erziehung von der Höhe der verfügbaren Mittel abhängt. S. JDR. **1** zu § 1629 (Abs. 2), s. a. ZBlFrG. **2** 886.

§ 1630. 1. Strafantragsrecht des Vaters.

a) Nach LG. Berlin, KGBl. **03** 12, ist der elterliche Gewalthaber noch immer befugt, wegen Beleidigung des Kindes im eigenen Namen Privatklage zu erheben, da im § 65 StGB. sein Strafantragsrecht als Ausfluß der elterlichen Gewalt, als ein eigenes Recht des Gewalthabers erscheint, seine Erwähnung im § 195 StGB. daher als überflüssig fortfallen konnte.

b) Nach KG., KGBl. **03** 62, kann der gesetzliche Vertreter des 18 Jahre alten Minderjährigen „aus eigenem Rechte" und „selbständig" im Sinne des § 414 Abs. 2 StPO. Strafantrag stellen, wobei die Vollendung des 18. Jahres zur Zeit der Klagerhebung maßgebend ist; bis der Minderjährige 18 Jahre alt ist, übt der gesetzliche Vertreter das Antragsrecht nur als Vertreter aus.

Diese Ansicht hat aber das KG., KGBl. **04** 98, aufgegeben und dahin entschieden, daß das Strafantragsrecht dem Vater für die ganze Dauer der Minderjährigkeit immer nur als gesetzlichem Vertreter zustehe und er daher nur aus dem Rechte des Vertretenen, wenn auch kraft der ihm ohne Rücksicht auf den Willen des Kindes und ohne behördliche Genehmigung zustehenden Vertretungsbefugnis klagen könne. Ebenso Olshausen (7) zu § 65 Note 15 und § 165 Note 1a u. b, und Plehn, NaumbAK. **04** 6, letzterer gegen OLG. Naumburg, NaumbAK. **03** 94, s. a. JDR. **2** zu § 1630 Ziff. 1b. Nach KG., KGBl. **04** 98, ist aber Hervorhebung des Vertretungsverhältnisses in der Klage nicht vorgeschrieben, die Frage, ob er aus eigenem Rechte oder aus dem Rechte des Kindes klage, gar nicht aufzuwerfen, vielmehr letzteres als selbstverständlich zu betrachten.

c) BayObLG., SeuffBl. **04** 124: Der gesetzliche Vertreter eines noch nicht 18jährigen Verletzten kann nur in dieser Eigenschaft, nicht in eigenem Namen Strafantrag stellen. Es bedarf der bestimmten Hervorhebung, in welcher Eigenschaft gehandelt wird; wird der Antrag in eigenem Namen gestellt, so liegt kein von einem Antragsberechtigten gestellter Antrag vor und es ist das Verfahren einzustellen.

d) Löwenstein, DJZ. **04** 399, empfiehlt angesichts der verschiedenen Meinungen in der Rechtsprechung, zumal auch die Ansicht vertreten sei, daß der Vertreter des noch nicht 18 Jahre alten Kindes kraft eigenen Rechtes klagen müsse, im Klagerubrum auszudrücken, daß Kläger sowohl kraft eigenen Rechtes als in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Verletzten klage. S. JDR. **1** zu § 1630 Ziff. 1b.

e) Wittmaack, SchlHolstAnz. **04** 81 ff.: Durch Art. 34 EGBGB. ist das von seiner Vertretungsmacht unabhängige Recht des Vaters, bei Beleidigungen minderjähriger Kinder selbständig Strafantrag zu stellen, und damit auch das Recht, in solchen Fällen gemäß § 414 Abs. 2 StPO. aus eigenem Rechte Privatklage zu erheben, endgültig beseitigt.

Der Vater kann, wie jeder andere gesetzliche Vertreter, die Klage immer nur als gesetzlicher Vertreter des Kindes erheben, mag dieses 18 Jahre alt oder

jünger sein; § 65 Abs. 1 Satz 2 StGB. gibt kein eigenes, von dem Rechte des Minderjährigen unabhängiges und selbständiges Recht, das Recht des gesetzlichen Vertreters, das aus dessen Vertretungsmacht folgt, dauert zwar auch nach Vollendung des 18. Jahres ungeschmälert fort, der Vertreter übt aber immer nur kraft der gesetzlichen Vertretungsmacht das Antragsrecht des Verletzten aus. Damit sind alle Minderjährigen gleichgestellt und ist die Vergünstigung der unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder beseitigt, daß sie als Verletzte in den vom Vater angestellten Privatklagen zum Zeugnisse zuzulassen waren. Vgl. auch OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 207.

f) *Rheinstein, JW. **04** 136 ff.: Der Begriff des selbständigen Antragsrechts im Sinne der StPO. erfordert ein eigenes Recht des Antragstellers. Der Vater handelt aber immer als gesetzlicher Vertreter, im Namen und aus dem Rechte des Vertretenen, der nach erreichter Volljährigkeit den Antrag zurücknehmen kann; seit der Streichung des in § 195 StGB. a. F. statuierten Antragsrechts kann der Vater nicht mehr in eigenem Namen und kraft eigenen Rechtes, d. h. „selbständig" Strafantrag stellen und Privatklage erheben.

2. Sonstige strafantragsberechtigte Gewalthaber.

a) **RG.** (Straff.) GoltdA. **47** 440: Der für alle Angelegenheiten bestellte Beistand der Mutter ist nicht strafantragsberechtigt, nur die Mutter ist in diesem Falle gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 65 StGB.

b) Witte, GoltdA. **47** 195: Als strafantragsberechtigte gesetzliche Vertreter kommen bei den unter elterlicher Gewalt stehenden, ledigen oder verheirateten Kindern Vater und Mutter in Betracht; letztere aber wegen der Beschränkung ihres Sorgerechts auf die Person nur bei den gegen die Person des Kindes gerichteten Straftaten, z. B. Körperverletzung, während in anderen Fällen (Sachbeschädigung ꝛc.) nur der Antrag des Vaters zuzulassen ist. In den Fällen des § 1676 Abs. 2 kann der Vater auch den Strafantrag wegen einer gegen die Person des Kindes gerichteten Straftat stellen, wenn nicht der gesetzliche Vertreter eine gegenteilige Erklärung zu den Akten gibt. Vgl. aber Cosack (4) II 579, 580, 656, der das Strafantragsrecht als Ausfluß der gesetzlichen Vertretung in persönlichen Angelegenheiten darstellt.

3. *Strauß, JW. **04** 37: Vor Erhebung der Privatklage ist kein Sühneversuch erforderlich, wenn der gesetzliche Vertreter des Mündels und der Beleidiger nicht denselben Wohnsitz haben. A. A. BadRpr. **04** 151 (SchöffenG. Schwetzingen).

4. Staudinger-Engelmann (2) Ziff. VI 5aδ zu § 1630: Realschenkung ist nicht Erfüllungsgeschäft (s. JDR. **1** zu § 1630 2c), da eine Verbindlichkeit überhaupt nicht besteht; Pflegerbestellung ist aber nur bei Geschäftsunfähigkeit des Kindes erforderlich, während das geschäftsbeschränkte Kind eine Schenkung des Gewalthabers selbst annehmen kann. Auch Auseinandersetzung einer Gemeinschaft ist keineswegs bloß Erfüllung einer Verbindlichkeit, wie Hangen, DJZ. **02** 287 annimmt.

5. Staudinger-Engelmann (2) Vorb. vor §§ 1631 ff. Ziff. III wendet sich gegen den Versuch Plancks Note 1 zu § 1627, die einzelnen Angelegenheiten aus dem Gebiete der Personensorge in rechtliche und tatsächliche zu scheiden, nimmt vielmehr an, daß jede Angelegenheit eine tatsächliche und eine rechtliche „Seite" hat, und hält eine Abgrenzung nur in der Weise für möglich, daß als der Sphäre der Vertretung angehörig diejenigen Angelegenheiten bezeichnet werden, bei denen rechtliche Wirkungen in bezug auf die Person des Kindes in Frage stehen (z. B. rechtsgeschäftliche Erklärungen), während die sonstigen Angelegenheiten dem Bereiche der tatsächlichen Fürsorge anheimfallen (zu letzteren gehört auch die Beilegung des Vornamens, Herausgabeanspruch nach § 1632).

§ 1631. I. Erziehungsrecht.

1. Züchtigungsrecht.

a) Der Eltern und Übertragung auf die Lehrer.

α. Havenstein, Das Züchtigungsrecht der Lehrer, VolksschulA. 3 97 f.: Die Anwendung von Zwangs- und Strafmitteln seitens des Vaters oder Vormundes gegen das Kind ist keine Mißhandlung oder Körperverletzung, weil die Handlungen sich nicht gegen den Betroffenen richten, sondern zu seinem Schutze und Nutzen geschehen, kein feindlicher Angriff (99, 107). Der Zweck jeder Erziehung ist die Förderung der geistigen und körperlichen Gesundheit, der Entwickelung des Zöglinges, niemals die Gefährdung dieser Entwickelung, die Schädigung der Gesundheit. Nur Handlungen, welche jene Förderung beabsichtigen und diese Schädigung vermeiden, sind Erziehungshandlungen, beim Vater wie beim Vormunde, beim Lehrherrn wie beim Lehrer (100). Damit eine Züchtigung Erziehungshandlung ist, muß ein Anlaß zur Züchtigung vorliegen, und die Züchtigung darf nicht außer Verhältnis zu dem angeblichen Erziehungszwecke stehen: Die Erziehungshandlung soll Eindruck machen, um so wirksamer, je hartnäckiger oder unempfindlicher die Sinnesart des Kindes, je größer der zu beseitigende Fehler ist; die Erziehungshandlungen werden sich danach vielfach abstufen, auch Stockschläge, die Striemen und geschwollene Stellen hinterlassen, können im vernünftigen Erziehungszwecke liegen ⟹ vgl. OVG., PrVerwBl. 25 730 ff.; Kornfeld, Überschreitung des Züchtigungsrechts, Friedreichs Bl. 55 178. — Red. ⟸, die Schädigung geht über die Hinzufügung ernstlicher und vorübergehender Schmerzen nicht hinaus (110, 111). Wenn die GewO. dem Lehrherrn „unanständige Züchtigungen" verbietet, so gilt fraglos das gleiche aus Rücksichten auf die Sittlichkeit für jeden Lehrer und Erzieher, auch für Vater und Vormund. Sitte und Gewohnheit untersagen gewisse Züchtigungen bei Mädchen ⟹ vgl. **RG.** HessRspr. 3 107, VolksschulA. 3 91 (Züchtigungsrecht der Lehrer gegenüber Mädchen in Hessen) — Red. ⟸, ferner für den Lehrer den Gebrauch des Stockes bei nicht mehr schulpflichtigen Knaben; in fortschreitender Kultur werden die roheren Formen der Erziehungshandlungen zurückgedrängt werden zugunsten einer vornehmeren, edleren Auffassung in der Erziehung, nicht bloß beim Lehrer, sondern auch bei Vater und Vormund (112, 113); s. IDR. 2 zu § 1631 Ziff. 5.

β. Havenstein, VolksschulA 3 109: Dem Lehrer kann die Erziehungsbefugnis vom Staate verliehen sein; so beim beamteten Lehrer. Sie kann sich auch ableiten vom Erziehungsrechte des Vaters oder Vormundes; diese dürfen sich zwar niemals ihres Erziehungsrechts völlig entschlagen, wohl aber jederzeit seine Ausübung in größerem oder geringerem Umfang auf andere übertragen, sind hierzu sogar oft im Interesse sorgfältiger und verständiger Erziehung genötigt. Eine solche Übertragung liegt in der Einschulung eines Kindes, in der Annahme eines Privatlehrers; es bedarf keines formellen Vertrags, sie kann ausdrücklich wie stillschweigend, für wenige Augenblicke wie für lange Zeit erfolgen; s. IDR. 1 zu § 1631 Ziff. 1 b.

b) Gegenüber Lehrlingen.

OLG. Braunschweig, DIZ. 04 1192: Züchtigungsrecht eines Fabrikwerkmeisters, der von dem Prokuristen einer Aktiengesellschaft mit der Lehrlingsanleitung beauftragt ist, kann zwar aus GewO. nicht zweifelsfrei hergeleitet werden, doch ist bei einem großen und gegliederten Betriebe der Gesellschaftsvorstand selbst nicht in der Lage, sich um den einzelnen Lehrling zu kümmern, vielmehr eine erziehliche Einwirkung nur durch den unmittelbaren Betriebsleiter möglich und deshalb im Zweifel das Einverständnis des Vaters des Lehrlings mit der Ausübung des Erziehungsrechts durch den Betriebsleiter (Werkmeister) anzunehmen.

2. Vater als Lehrherr.

Staudinger-Engelmann (2) Note 2c zu § 1631 spricht sich mit Rücksicht auf § 126b GewO. für die Notwendigkeit eines schriftlichen Lehrvertrags zwischen dem Vater als Lehrherrn und dem Kind als Lehrling und der Pflegerbestellung zu diesem Abschluß aus; s. IDR. **2** zu § 1631 Ziff. 1.

3. Schulbesuch.

KG., VolksschulA. **3** 36: Die Sorge für den Schulbesuch liegt der wiederverheirateten Mutter (§§ 1697, 1698, 1688) ob, nicht dem Stiefvater; nur die Mutter ist „Erzieher", der Stiefvater auch nicht „Stellvertreter" der Eltern.

4. Religiöse Erziehung.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 253: Das Recht der Personensorge nach §§ 1631, 1697 greift insoweit nicht Platz, als landesgesetzliche Vorschriften über religiöse Erziehung nach Art. 134 EGBGB. aufrecht erhalten sind.

5. Kontrollrecht.

*Gieseker, Recht an der eigenen Geheimsphäre 58 ff.: Das Erziehungsrecht gibt dem Inhaber der elterlichen Gewalt auch ein Kontrollrecht über das Kind, das dessen Individualrecht an der eigenen Geheimsphäre beschränkt; es ist dies ein Eindringerecht in sämtliche Geheimnisse des Kindes (vgl. o. Ziff. 3 zu § 826 BGB.). Jedoch müssen bei Ausübung der Kontrolle die Geheimnisse Dritter geschont werden.

6. Verzicht.

OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 71: Ein Verzicht auf das Erziehungsrecht seitens der Eltern ist nicht zulässig. Rechtsgültig ist zwar ein Vertrag, der einem anderen die Erziehung des Kindes überträgt, ausgeschlossen ist aber eine vertragsmäßige Bindung des Erziehungsberechtigten nicht nur zwischen den Eltern, sondern auch einem Dritten gegenüber; von dem Dritten kann deshalb der Vater jederzeit die Herausgabe des Kindes verlangen, das Kind auch an sich nehmen, ohne widerrechtlich zu handeln. (Kein Besitz des Dritten an dem Kinde.) S. IDR. **1** zu § 1631 Ziff. 1b und zu § 1632 Ziff. 5b Abs. 2.

7. Dauer der Erziehungsbedürftigkeit.

OVG., R. **04** 498 über Abzugsfähigkeit der elterlichen Aufwendungen: Der Abschluß der Erziehung und das Aufhören der Erziehungsbedürftigkeit mit dem Eintritte der Volljährigkeit bildet nur die Regel; von dieser Regel muß aber bei einem Sohne, der mit Einwilligung des Vaters sich im höheren juristischen Vorbereitungsdienst befindet, eine Ausnahme gelten, die für diesen von dem Vater gemachten Aufwendungen fallen unter die gesetzliche Unterhaltspflicht (§ 1610); auch wenn in dieser Beziehung eine besondere Vereinbarung zwischen Vater und Sohn getroffen ist, so ist dies nur Wiederholung einer gesetzlichen Verpflichtung, kein besonderer Rechtstitel im Sinne des § 9 I. 3 PrEinkStG.; s. IDR. **1** zu § 1631 1d und **2** zu § 1631 Ziff. 4.

II. Aufsichtsrecht.

RG. IW. **04** 202, SchlHolstAnz. **04** 178: Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht müssen einerseits nach verständigem Ermessen für gute Erziehung der Kinder bedachter Eltern, andererseits auch nach den Grenzen der Möglichkeit bemessen werden; sie gestalten sich verschieden je nach der Individualität der Kinder.

III. Aufenthaltsbestimmungsrecht.

Staudinger-Engelmann (2) Ziff. III zu § 1631 bestreitet das von Planck Note 3 zu § 1631 angenommene Recht des Kindes auf Aufnahme in das Elternhaus: das aus der elterlichen Wohnung verstoßene Kind kann den Vater im Wege der Klage anhalten, eine Bestimmung über die Wohnung des Kindes zu treffen; die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, die Unterbringung

des Kindes im Elternhaus anzuordnen, bemißt sich nach §§ 1612 Abs. 2 Satz 2, 1666 Abs. 1.

Lindenau, PrVerwBl. **25** 664: Solange die von dem Erziehungsberechtigten ausgewählte Pflegestelle die Billigung des Vormundschaftsgerichts findet, ist jede Einmischung eines Dritten — amtliche oder private — ausgeschlossen, abgesehen von vorläufigen polizeilichen Maßnahmen bei Gefahr im Verzuge, über deren Fortbestand das Vormundschaftsgericht befinden müßte; auch der Armenverband ist durch die Hilfsbedürftigkeit nicht befugt, dem Kinde wider Willen des gesetzlichen Vertreters eine Unterkunft anzuweisen; wird seine Hilfe angerufen, so steht es bei ihm, ob er Geld zahlen oder Unterkunft gewähren will, wobei er auch die Wahl der Pflegestelle hat und das Vormundschaftsgericht den gesetzlichen Vertreter nur zur Anfechtung ungeeigneter Maßnahmen der Armenbehörde beim Kreis- oder Bezirksausschuß anhalten kann.

IV. Unterstützung durch das Gericht.

1. LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 29 (nochmals abgedruckt **5** 142): Zwangsweise Zurückführung des Kindes, das sich gegen den Willen des Erziehungsberechtigten entfernt hat, kann das Gericht nach § 1631 Abs. 2 Satz 2 anordnen. S. JDR. **2** zu § 1631 Ziff. 7.

2. Cosack (4) II 574: Über die gerichtlichen Zuchtmittel entscheiden die Landesgesetze. Allgemein zulässig erscheint gerichtliche Verwarnung, Anordnung zwangsweiser Zurückführung eines entlaufenen Kindes. S. JDR. **1** zu § 1631 Ziff. 3 und **2** zu § 1631 Ziff. 7.

3. Zu der JDR. **2** § 1631 Ziff. 7 mitgeteilten Entscheidung des OLG. Darmstadt vgl. Josef, ZBlFrG. **4** 827 ff., in bezug auf das vom OLG. beobachtete Verfahren (eigene Ermittelungen statt Zurückverweisung) s. zu § 1821.

4. Bundesamt f. Heimatw., DJZ. **04** 1191: Überführung eines scharlachkranken Kindes aus dem beschränkten Elternhaus in eine Krankenanstalt, die nicht nur wegen der Ansteckungsgefahr, sondern zur notwendigen Krankenpflege erfolgt, ist, falls die Krankenhauspflege nicht von den Eltern bestritten werden kann, Akt der Armenpflege, nicht polizeiliche Maßregel.

§ 1632. 1. Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht.

a) OLG. Stuttgart, WürttZ. **46** 136 f.: Während das Vormundschaftsgericht über die im Interesse des Kindes zu ergreifenden Maßregeln entscheidet, gehört zur Zuständigkeit des Prozeßrichters die Entscheidung über den Streit der Eltern über den Aufenthalt des Kindes, sei es eine einstweilige Verfügung im Eheprozesse nach § 627, sei es ein Rechtsstreit über die Herausgabe des Kindes. Für den Prozeßrichter ist es vor allem erheblich, welcher Ehegatte an der tatsächlichen Trennung der Ehegemeinschaft schuld ist; denn, wenn die Frau triftige Gründe zum Verlassen der ehelichen Wohnung mit dem Kinde hatte, so greift gegenüber dem Herausgabeanspruche des Mannes der Einwand der mangelnden Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung mit Rücksicht auf das Sorgerecht der Mutter nach § 1634 Satz 1 durch; der Mann kann sich auch nicht wirksam auf § 1634 Satz 2 (Vorgehen der Meinung des Mannes) berufen, da seine Entscheidung über den Aufenthalt des Kindes sich als Mißbrauch darstellt und deshalb die Frau ihr nicht zu folgen verpflichtet ist (§ 1354 Abs. 2). S. JDR. **2** zu § 1634 Abs. 2).

b) Josef, ZBlFrG. **4** 605, empfiehlt auch für Ansprüche auf Herausgabe von Kindern die Zulassung des Streitverfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

2. Einwendungen.

OLG. **8** 430 (Hamburg): Die Herausgabe des Kindes kann nicht bis zur Erstattung der Aufwendungen gemäß § 273 verweigert werden, da diese Vor-

schrift aus dem Rechte der Schuldverhältnisse auf jenen familienrechtlichen Anspruch nicht anwendbar ist. S. JDR. **1** zu § 1632 Ziff. 5a.

3. Zwangsvollstreckung.

a) § 883 ZPO. gilt nach OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 251 (auch JDR. **2** zu § 1632 Ziff. 5) kraft analoger Anwendung auch für die Herausgabe von Personen, wenn auch der Wortlaut dagegen spricht: „bewegliche Sachen".

Vgl. OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 71: Der Körper eines lebenden Menschen keine Sache, an ihm findet kein Besitz statt. S. oben zu § 1631 Ziff. 6.

b) **RG.** JW. **04** 557: § 888 Abs. 1 ZPO. findet auf die Herausgabe eines Kindes auch dann nicht Anwendung, wenn das Kind nach Inhalt der einstweiligen Verfügung dem Antragsteller von dem Gegner zugeführt werden soll. Wenn die Zuführung unterbleibt, so kann dies im Einzelfalle lediglich auf bösen Willen zurückzuführen sein; aber die Zuführung einer Person ist keine Handlung, die ihrem Inhalte nach lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängt, da äußere Umstände (Gesundheitszustand des Kindes, Mangel an Reisegeld) entgegenstehen können; daher kann auch die Zuführung niemals unter Androhung von Geldstrafe oder Haft aufgegeben werden. Vgl. PrGeschAnw. f. GerVollz. v. 1. 12. 99 (JMBl. 674) § 81, WürttDienstAnw. f. GerVollz. v. 30. 10. 99 (ABldJM. 318) § 1118, HambInstr. f. GerVollz. v. 1. 1. 00 (GS. **2** 73) § 118.

§ 1633. Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 1 b α: Die tatsächliche Personensorge kommt in Wegfall, sie geht nicht, wie Planck Note 1 zu § 1633 annimmt, auf den Mann über, dem kein Erziehungsrecht (kein Züchtigungsrecht), keine Aufsichtspflicht, kein Herausgabeanspruch zusteht, dessen Rechte sich vielmehr auch der minderjährigen Ehefrau gegenüber lediglich nach §§ 1353 ff. bestimmen.

§ 1634. 1. Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 3 zu § 1634: Verletzt der Vater das Recht der Mutter auf Teilnahme an der Personensorge, ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen, so ist Abhilfe durch das Vormundschaftsgericht ausgeschlossen und, da auch keine Angelegenheit des ehelichen Lebens in Frage steht, auch keine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (a. A. Hachenburg 376, Dernburg § 77 VII) gegeben; vielmehr ist nur eine besondere Klage auf Grund des § 1634 auf Gewährung der Teilnahme an der Personensorge oder spezieller auf Gestattung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde, Bekanntgabe des verheimlichten Aufenthalts, möglich. Nach Planck Note 2 zu § 1634 ist Einschreiten nach § 1666 bei völligem Ausschluß der Mutter von der tatsächlichen Sorge stets gegeben.

2. Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 7 zu § 1634: Soweit nach Auflösung der Ehe der verheirateten Tochter die tatsächliche Personensorge des Vaters wieder Platz greift, tritt auch Recht und Pflicht der Mutter nach § 1634 wieder ein.

3. KG. PosMschr. **04** 142: Das dem Vater nach § 1666 Abs. 1 entzogene Sorgerecht geht nicht auf die Mutter über, vielmehr ist ein Pfleger zu bestellen, neben welchem der Mutter die Rechte des § 1634 zustehen (§ 1698).

4. **RG.** (Straff.) JW. **04** 189: Die Pflicht der Fürsorge für das Wohl des Kindes (§ 1634) wird verletzt durch die Duldung unsittlichen Verkehrs des Kindes; in dieser Pflichtversäumnis kann eine Förderung der Unzucht liegen, wenn durch den Einfluß der Mutter der Verkehr verhindert worden wäre.

5. Gegen die JDR. **2** zu § 1634 Abs. 2 mitgeteilte Entscheidung des **RG.** 55 419 macht Staudinger-Engelmann (2) Note 1 b zu § 1634 geltend, daß die Übertragung der ausschließlich für das Verhältnis unter den Ehegatten maßgebenden Grundsätze des § 1354 auf die elterliche Gewalt bedenklich sei.

§ 1635. I. Recht der tatsächlichen Sorge.

1. Regelung durch das Gesetz.

a) Cosack (4) II 575: Die tatsächliche Personensorge bleibt der Mutter, wenn die Ehe wegen Geisteskrankheit des Vaters geschieden ist; dies läßt sich aus dem Gesetzeswortlaute nicht beweisen, da § 1685 Abs. 2 einen Gerichtsbeschluß fordert, § 1698 nur während der Ehe gilt.

Im Falle des § 1635 gehen, wenn ein Ehegatte geschäftsunfähig ist, die diesem zugewiesenen Kinder nicht in die Sorge des anderen Ehegatten über, dieser kann neben dem Vormund oder Pfleger nicht einmal die Mitsorge beanspruchen, alles vorbehaltlich einer Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2; s. JDR. **1** zu § 1635 Ziff. I 1.

b) OLG. Dresden, DJZ. **04** 413: Das im § 1635 Abs. 1 Satz 1 gewährte Sorgerecht kann gegen den anderen Elternteil nur im Prozeßwege verfolgt werden, wobei Umstände, die eine Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 veranlassen können, nicht geltend gemacht werden dürfen; deren Würdigung untersteht allein dem Vormundschaftsgerichte, das auch trotz Entscheidung des Prozeßgerichts die Erziehung dem anderen Elternteile überweisen kann. S. unten 3 b.

2. Regelung durch Vertrag.

a) BayObLG., ZBlFrG. 5 182: Durch Vertrag kann eine Änderung der mit der Scheidung eingetretenen Gestaltung des familienrechtlichen Verhältnisses nicht bewirkt werden, der zur Sorge verpflichtete Elternteil kann sich dieser nicht entschlagen, nur der Ausübung nach kann er sie wie einem Dritten (Erziehungsanstalt) so auch dem anderen Elternteil übertragen; vgl. Cosack (4) II 584.

b) KG., R. **04** 604: Ein Vertrag zwischen geschiedenen Ehegatten, durch welchen die Sorge für ein Kind dem schuldigen Elternteil überlassen wird, ist nicht bindend; nur die Ausübung kann widerruflich übertragen werden; s. JDR. **1** zu § 1635 I 4 und **2** zu § 1635 I 2, s. a. BayObLG. **5** 365, ZBlFrG. **5** 182.

c) Staudinger-Engelmann (2) Note 4 zu § 1635 hebt hervor, daß die Personensorge gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 als Bestandteil der elterlichen Gewalt unverzichtbar ist und auch der minderjährigen Mutter zusteht oder übertragen werden kann, aber im Falle des § 1680 nicht auf die Mutter übergeht, so daß letzterenfalls, da sie auch dem für allein schuldig erklärten Manne nicht zusteht, ein Pfleger erforderlich wird; s. JDR. **1** zu § 1635 IV.

d) Josef, Gruchots Beitr. **48** 568: Im Falle des § 1635 Abs. 1 Satz 2 können sich die Ehegatten wohl vor dem Vormundschaftsgerichte dahin einigen, daß der eine dem anderen Gatten die jenem gesetzlich zustehende Sorge überläßt; aber auf Grund solchen Abkommens erläßt das Vormundschaftsgericht nicht eine Anordnung dieses Inhalts, sondern nur, wenn das Abkommen im Interesse des Kindes liegt; auch kann es eine dem Abkommen gemäß erlassene Anordnung jederzeit im Kindesinteresse aufheben. Von einem Vergleiche wie im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann in diesem Verfahren, das von Amts wegen im öffentlichen Interesse erfolgt, nicht die Rede sein.

3. Regelung durch das Vormundschaftsgericht.

a) Die Notwendigkeit der Pflegerbestellung vor Anordnungen aus §§ 1635, 1666 wird neuerdings betont vom KG., PosMschr. **04** 142; s. JDR. **1** zu § 1635 II 1a, b; a. A. Staudinger-Engelmann (2) Note 1 δ zu § 1635, da das Vormundschaftsgericht alle erforderlichen Ermittelungen von Amts wegen zu veranstalten hat und eine Angelegenheit, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert ist, nicht in Frage steht.

b) Staudinger-Engelmann (2) Note 1 c γ zu § 1635: Wird dem infolge einer Anordnung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 fürsorgeberechtigten Ehegatten das Kind seitens des anderen Ehegatten vorenthalten, so muß jener Klage erheben nach § 1632; dieser Klage kann der andere Ehegatte nicht mit dem Hinweis auf das Interesse des Kindes begegnen, wohl aber dadurch, daß er vor der Schlußverhandlung erster oder zweiter Instanz eine vormundschaftsgerichtliche Verfügung erwirkt, die jene Anordnung aufhebt, was auch während des Prozesses zulässig ist; s. IDR. **1** zu § 1635 I 2 u. II 2 c u. § 1666 II 2 a u. IDR. **2** zu § 1635 I 1 u. zu § 1666 II 2.

c) Josef, Buschs Z. **33** 523: Hat das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Vaters, die Mutter als bei der Scheidung für schuldig erklärten Teil auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 1 zur Herausgabe der Kinder zu zwingen, die Herausgabe des einen Kindes angeordnet, betreffs des anderen aber in Anwendung des § 1635 Abs. 1 Satz 2 eine solche Verfügung abgelehnt, so kann das von dem Vater wegen dieser ablehnenden Entscheidung angegangene Beschwerdegericht, auch wenn es annimmt, daß zur Entscheidung über den Herausgabeanspruch des unschuldigen Gatten das Vormundschaftsgericht gar nicht zuständig sei (s. IDR. **1** zu § 1635 I 2 u. IDR. **2** zu § 1635 I 1), doch nur die Beschwerde verwerfen, nicht auch den die Herausgabe des einen Kindes anordnenden Beschluß des Vormundschaftsgerichts aufheben; letzteres wäre unzulässige reformatio in peius; über die Anträge der Beteiligten hinaus Mißgriffe des Untergerichts zu beseitigen, ist nicht Aufgabe des Rechtsmittelgerichts, das nicht Aufsichtsbehörde ist.

OLG. **9** 457 (KG.): Der allein schuldigen Mutter darf das Kind nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 nicht allein wegen des jugendlichen Alters in der Annahme, die mütterliche Erziehung gereiche einem solchen Kinde stets zum Vorteil, überwiesen werden; es bedarf der Feststellung besonderer Gründe, die die Entziehung gebieten, die Ermittelungen sind von Amts wegen zu pflegen.

II. Gesetzliche Vertretung.

Eck, Vortr. II 485: Wenn der Vater als Vertreter nach § 1635 Abs. 2 für die Tochter einen Dienstvertrag abschließt, die Mutter, der die tatsächliche Sorge zusteht, aber bestimmt, daß die Tochter den Aufenthalt bei ihr nehmen soll, so entsteht ein Konflikt, den das Vormundschaftsgericht zu entscheiden haben wird. Dazu Leonhard: Der vom Vater geschlossene Vertrag geht vor, da das mütterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht gültige Vertragspflichten durchkreuzen kann.

§ 1636. 1. KG., ZBlFrG. **5** 85, R. **04** 412: § 1636 Satz 1 bedeutet, daß das aus § 1631 folgende Recht des mit der Personensorge ausschließlich betrauten Ehegatten, den Verkehr des Kindes mit anderen Personen nach Gutdünken zu bestimmen, durch das Recht des anderen Ehegatten zum persönlichen Verkehre mit dem Kinde beschränkt ist.

2. Regelung durch das Gericht.

a) OLG. **9** 458 (Hamburg): Das Vormundschaftsgericht kann und soll im Streitfalle den Verkehr regeln. Die Regelung darf keine Schmälerung des Erziehungsrechts des unschuldigen Elternteils enthalten; eine solche Schmälerung ist aber an sich noch nicht darin zu finden, daß das Kind für drei Wochen während der Sommerferien der Mutter nach einem anderen Orte überwiesen wird, da auch während dieser Zeit die Mutter sich den Anordnungen des Vaters zu fügen hat und im Weigerungsfalle oder bei schädlichem Einflusse längeren Aufenthalts das Vormundschaftsgericht eine Wiederholung des Besuchs pflichtmäßig zu verhüten hat; s. IDR. **1** zu § 1636 II 2.

b) OLG. Stuttgart, WürttZ. **46** 138: Die Befugnis, den Verkehr des Kindes mit dem nicht sorgeberechtigten Elternteile zu regeln, steht dem Vormundschaftsgerichte nur zu, wenn die Ehe geschieden ist. Bei bloß tatsächlicher Trennung kann wegen Versagung des Verkehrs mit dem Kinde nur das Prozeßgericht angerufen werden: zeitweiliger Verkehr mit dem Kinde ist dem anderen Elternteile zu gestatten; s. JDR. **1** zu § 1636 III, **2** zu § 1636 Ziff. 3.

c) BayObLG. **5** 365, ZBlFrG. **5** 182, R. **04** 449: Die Regelung nach § 1636 Satz 2 erstreckt sich nicht auf ein durch Vertrag begründetes Erziehungsrecht und die Durchführung vertragsmäßiger Verkehrsbeschränkungen; Streitigkeiten über vertragsmäßige Rechte und Pflichten sind vielmehr im Rechtswege auszutragen.

d) Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 3 u. 6 zu § 1636: Eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts nach § 1636 Satz 2 ist für den Prozeßrichter, der in einem Rechtsstreite der Ehegatten über das Recht zum persönlichen Verkehre entscheidet, bindend. Durch Vereinbarung der Ehegatten kann das Recht des Vormundschaftsgerichts zur Verkehrsregelung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

3. Zu § 1636 vgl. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 80: Die Klage der geschiedenen Frau gegen den Mann auf Ersatz der Kosten des Ferienaufenthalts eines Kindes bei ihr als Unterhaltskosten ist begründet, weil es auch im Interesse des Kindes liege, seine Mutter zu sehen.

§ 1637. Staudinger-Engelmann (2) N. 2 zu § 1637 hebt gegenüber Dernburg (s. JDR. **2** zu § 1637) hervor, daß § 1637 überhaupt nur anwendbar ist, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die Todesvermutung des § 18 also widerlegt ist.

§ 1638. Abs. 2 ist nach Waller, Surrogation (1904) 69, 83 ein Fall „zwangsläufiger Selbstentwickelung von Sondervermögen".

§ 1639. Staudinger-Engelmann (2) N. 3a zu § 1639 hält Entziehung der Nutznießung als Maßregel nach § 1639 nicht für zulässig; a. A. Fränkel s. JDR. **1** zu § 1639 Ziff. 1c.

Cosack (4) II 595: Es ist Auslegungsfrage, ob sich eine Anordnung des Erblassers nach § 1639 auch auf die Surrogate bezieht. S. JDR. **1** zu § 1639 Ziff. 2.

§ 1640. I. Umfang der Inventarisationspflicht.

1. Später zufallendes Vermögen.

a) Staudinger-Engelmann (2) N. 2a zu § 1640 versteht unter dem Vermögen, das dem Kinde „später zufällt", nur das in der Zeit zwischen dem Tode der Mutter und der Errichtung des Verzeichnisses zufallende Vermögen, er hält mit der Einreichung die Verpflichtung aus § 1640 für erfüllt, den Vater also zur Verzeichnung der Zu- und Abgänge nicht für verpflichtet, indem er auf den Zweck der Vorschrift (Klarstellung der Verhältnisse zur Todeszeit der Mutter) und die Konsequenzen der anderen Auffassung (Anzeige nicht nur der Vermögensvermehrungen, sondern aller Veränderungen) hinweist. ⟶ A. a. 1. Aufl., s. JDR. **1** zu § 1640 S. 113 a. E. — Red. ⟵

b) Planck N. 1 zu § 1640 hält Anzeige des später zufallenden Vermögens ohne Zeitgrenze für erforderlich, nicht dagegen Anzeige von Minderungen oder sonstigen Veränderungen des vorhandenen Vermögens.

c) Eck, Vortr. II 487: Alles, was das Kind später hinzu erwirbt, was der Vater ihm schenkt oder anschafft (Kleidungsstücke, Schulbücher) muß inventarisiert, und es muß der Abgang der einzelnen Gegenstände immer wieder angezeigt werden. Eck rät a. a. O. an, durch letztwillige Verfügungen von der Inventarisierung zu dispensieren, indem er ⟶ offenbar irrig s. § 1640 Abs. 2

Satz 2. — Red. ← annimmt, die Mutter könne den Vater von der Inventarisierung des mütterlichen Kindesvermögens befreien.

d) Cosack (4) II 588: Die Inventarisationspflicht betrifft nicht nur das Muttergut, sondern jeden früheren und späteren Erwerb; nur betreffs jenes kann die Mutter amtliche Inventarisierung untersagen.

2. Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 2c zu § 1640 spricht sich (abweichend von der 1. Aufl.) gegen die Notwendigkeit der Inventarisierung der einzelnen zum Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörenden Gegenstände aus, da der Vater Verwalter kraft eigenen Rechtes ist, und zwar Verwalter des Gesamtguts als solchen, nicht des Anteils des Kindes, zum Kindesvermögen auch nur der Anteil am Gesamtgute gehört, während erst bei Beendigung der fortgesetzten Gemeinschaft sich ergibt, welche Gegenstände dem Kinde zufallen; deshalb reicht neben der Aufführung sonstigen Kindesvermögens die Konstatierung des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus. Ebenso bayr. VormO. v. 19. 1. 00 (JMBl. 181 ff.) § 47 Abs. 4, s. JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 2a u. **2** zu § 1640 Ziff. 1a.

3. Nacherbschaft.

OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 11: Der Vater als Vorerbe hat kein Verzeichnis des Vermögens, zu dessen Nacherben die Kinder eingesetzt sind, nach § 1640 einzureichen, da er in diesem Falle Vermögen der Kinder nicht in Verwaltung hat (jedoch Verzeichnispflicht nach § 2121 auf Verlangen der Nacherben); dagegen beseitigt sog. Dispositionsnießbrauch (durch Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnisse erweiterter Nießbrauch), da er nicht mehr dinglich wirkt, sondern nur als Auflage an die Erben mit obligatorischer Wirkung aufrecht zu erhalten ist, die Inventarisationspflicht nicht.

S. JDR. **2** zu § 1640 Ziff. 1d und **1** zu § 1640 Ziff. 2e und JDR. **1** zu § 1627 Ziff. 3 Abs. 2 u. **2** zu § 1627 Ziff. 4. Der JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 2e Abs. 1 mitgeteilten Ansicht des KG. schließen sich an Staudinger-Engelmann (2) zu § 1640 Ziff. 2f.

II. Abs. 2: Die Anordnung nach § 1640 Abs. 2 Satz 1 ist auch zulässig, wenn die Inventarerrichtung ganz verweigert wird, Staudinder-Engelmann (2) N. 4a zu § 1640 (s. JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 4a); a. A. Schenck, ZBlFrG. **3** 162 (die Anordnung kann nur erfolgen, wenn ein eingereichtes Verzeichnis ungenügend ist).

III. Die JDR. **1** zu § 1640 Ziff. 5a mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch SchlHolstAnz. **04** 14.

IV. Eise, HessRspr. **5** 39 u. 46 ff.: § 1640 ist eine zwingende Vorschrift privatrechtlicher Natur, da sie aber in familien- und erbrechtliches Gebiet fällt, so sind nach Art. 58 EGBGB. in Verbindung mit Art. 14 d. standesherrlichen Edikts v. 18. Juli 1858 die hessischen Standesherren der Vorschrift nicht unterworfen; das Familienhaupt ordnet vielmehr die Familienverhältnisse im Falle der Eheauflösung in Ermangelung von Landes- und Hausgesetzen nach eigenem Ermessen, und es bleibt ihm überlassen, ob er ein Inventar errichten will oder nicht; überdies verwaltet der Standesherr das Vermögen seines Kindes kraft eigenen Rechtes, nicht kraft elterlicher Gewalt.

§ 1642. 1. OLG. Karlsruhe, PucheltsZ. **35** 619, BadRpr. **04** 298: Sparkasseneinlagen aus eigenen Mitteln der Eltern auf den Namen der Kinder sind regelmäßig nicht als sofortige Zuwendungen unter Aufgabe des elterlichen Verfügungsrechts zu betrachten; eine andere Auffassung begründet auch nicht allein der Umstand, daß das Kind im elterlichen Geschäft sich nützlich gemacht hatte,

da dieses keinen Anspruch auf Vergütung gewährt, vielmehr nach § 1617 eine Rechtspflicht zu solcher Hilfeleistung besteht.

2. OLG. Dresden, ZBlFrG. **4** 632 Nr. 541: Verweigert der Vater die mündelmäßige Anlegung, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entziehen (§ 1670).

3. SächsOLG. **26** 160 ff.: Ein Sperrvermerk, den unter der Herrschaft des SächsBGB. der Vormundschaftsrichter in das Sparkassenbuch eines minderjährigen, in väterlicher Gewalt befindlichen Kindes von Amts wegen eingetragen hat, ohne dem Vater die diesem nach § 1815 SächsBGB. zustehende Vermögensverwaltung zu entziehen, ist nur eine interne Justizverwaltungsmaßregel (im Interesse der Sicherung der vertretungspflichtigen Staatskasse und zur Erleichterung der Aufgabe der Depositalbehörde, auf deren Verhältnis zur Sparkasse er sich nur bezog); deren Wiederaufhebung ist an keine Zustimmung gebunden, da das Kind keinen Anspruch auf Bewirkung oder Beibehaltung der Sperre hat, sie hat vielmehr von Amts wegen zu erfolgen, sobald mit dem Tode des Kindes sich der Zweck erledigt, zu dem die Sperre verfügt worden war.

§ 1643. 1. OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 108: Die Belastung des für die Kinder vom Vater erworbenen Grundstücks mit einer Hypothek zwecks Tilgung des Kaufschillings ist Verfügung im Sinne des § 1821 Ziff. 1; es macht keinen Unterschied, ob die Bestellung der Hypothek zu diesem Zwecke erst noch geschieht, oder ob eine bereits bestellte Hypothek übernommen bzw. deren Weiterbestehen vereinbart wird. Ebenso Staudinger-Engelmann (2) zu § 1643 II 1. S. JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 2a und **2** zu § 1643 Ziff. 2a.

2. a) BayObLG. **4** 942, auch KGJ. **27** A 290, ZBlFrG. **5** 48, OLG. **9** 463, R. **04** 78: Der Vater bedarf obervormundschaftlicher Genehmigung zur Übernahme fremder Verbindlichkeiten (neben dem bisherigen Schuldner oder an Stelle desselben), auch wenn sie in einem Kaufvertrag über ein Grundstück zur teilweisen Kaufpreisberichtigung, also entgeltlich vereinbart wird, da die Angemessenheit der Gegenleistung zu prüfen ist. Ebenso BayObLG., SeuffBl. **04** 99.

b) OLG. Darmstadt, HessRspr. **5** 108: Wenn ein Teil des Kaufpreises für das von dem Kinde erworbene Grundstück durch Übernahme einer auf demselben lastenden Hypothek getilgt werden soll, ist ein Fall der §§ 414 ff. und deshalb auch des § 1822 Ziff. 10 auch für den Vater gegeben. S. JDR. **1** zu § 1822 Ziff. X 3.

c) KGJ. **28** A 6, OLG. **9** 461 (KG.): Nach §§ 1643, 1821 Abs. 1 Nr. 2 bedarf der Vater zur Entgegennahme der Auflassung, die sich als Verfügung über eine auf Eigentumsübertragung gerichtete Forderung darstellt, an sich der obervormundschaftlichen Genehmigung; diese fällt nur weg, wenn das Kausalgeschäft genehmigt ist oder der Genehmigung nicht bedarf. Genehmigungsbedürftig ist aber ein Vertrag, in welchem eine Hypothek und zwar mit der dinglichen Haftung auch die persönliche Schuld der Veräußerer von dem erwerbenden Mündel übernommen wird (Schuldübernahme nach §§ 414 ff.), und es wird der an sich nach § 1643 nicht genehmigungspflichtige Kaufvertrag, wenn er als wesentlichen Bestandteil ein solches, nach anderen Vorschriften (§§ 1822 [10], 1643) genehmigungsbedürftiges Geschäft enthält, seinem ganzen Inhalte nach dem Erfordernisse der obervormundschaftlichen Genehmigung unterworfen. S. JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 2c, zu § 1822 Ziff. X 3.

d) Entgegen dem JDR. **1** zu § 1643 Ziff. 2c mitgeteilten Beschluß des KG. hält Staudinger-Engelmann (2) zu § 1643 II 2 zur Entgegennahme der Auflassung als einer Verfügung über die auf Eigentumsübertragung gerichtete Forderung obervormundschaftliche Genehmigung für erforderlich, gleichviel, ob zum Erwerbe der Forderung Genehmigung nötig war oder nicht.

3. a) OLG. 8 236 (KG.): Der vom elterlichen Gewalthaber geschlossene Erbteilungsvertrag bedarf grundsätzlich keiner Genehmigung; nur soweit in ihm über ein Nachlaßgrundstück Bestimmung getroffen wird, ist Genehmigung nötig, und der Grundbuchrichter beanstandet die Auflassung bis zur Genehmigung dieser Einzelabmachung; durch die Zugehörigkeit von Grundstücken zum Nachlasse wird aber nicht der gesamte Erbteilungsvertrag genehmigungsbedürftig, insbesondere nicht die Überweisung von Nachlaßhypotheken an einen Miterben.

b) Neubauer, JustizdRdsch. **3** 174: Der Erbteilungsvertrag enthält weder eine fingierte, noch eine tatsächliche rechtsgeschäftliche Verfügung über den Erbteil, sondern über die Nachlaßgegenstände; deshalb kann nicht auf § 1822 Ziff. 1 verb. mit § 1643 das unbedingte Erfordernis obervormundschaftlicher Genehmigung für den vom Vater geschlossenen Erbteilungsvertrag gegründet worden; er ist nur genehmigungsbedürftig, wenn in demselben über Grundstücke verfügt wird. S. JDR. **1** zu § 1643 Note 1c und JDR. **2** zu § 1643 Ziff. 1.

4. a) Unger, R. **04** 277: In der Ausschlagung des Erbrechts als eingesetzter Erbe bei Annahme der gesetzlichen Erbportion liegt keine „Ausschlagung der Erbschaft", sondern nur eine Ablehnung der vom Erblasser angeordneten Berufungsart. Der Vater minderjähriger Kinder bedarf zu einer solchen Maßnahme nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Dagegen Marcus, R. **04** 329: Eine der obervormundschaftlichen Genehmigung zu ihrer Gültigkeit bedürfende Ausschlagung der Erbschaft liegt auch dann vor, wenn der Vater für seine minderjährigen Kinder nicht alle Berufungsgründe, sondern nur die Einsetzung im Testament ablehnen will.

b) *Boschan, Nachlaßsachen II 205: Der Inhaber der elterlichen Gewalt bedarf auch dann nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 2 Satz 1, § 1945, wenn er erst nach Abgabe der eigenen Ausschlagungserklärung namens des Kindes innerhalb der für das Kind laufenden Ausschlagungsfrist die Erbschaft ausschlägt.

§ 1646. Waller, Surrogation 46 (28): Die notwendige Erwerbsorganschaft ist nicht an die Voraussetzung gebunden, daß die Erwerbsmittel dem unfreien Kindesvermögen entstammen (wie im § 1381, der Mittel des eingebrachten Gutes voraussetzt), ergreift vielmehr jeden Erwerb des Vaters mit Mitteln und für Rechnung des Kindes, auch wenn die Mittel dem freien Kindesvermögen entnommen sind. Begründet ist dieser Unterschied gegenüber § 1381 darin, daß das Kind, im Gegensatze zur Frau, auch freies Vermögen nicht selbständig verwalten kann (s. a. 104). Vgl. JDR. **1** zu § 1646 a. E.

§ 1648. Witte, DJZ. **04** 986: Entgangener Verdienst ist keine Aufwendung.

§§ 1650, 1651. 1. Eck, Vorträge II 489: Patengeschenke sind freies Vermögen, wenn sie zum ausschließlichen Gebrauche des Kindes bestimmt sind, sonst unfreies Vermögen. S. JDR. **1** zu §§ 1650, 1651 Ziff. 1c und JDR. **2** zu §§ 1650, 1651 Ziff. 1.

2. PrOVG., DJZ. **04** 127: Der Arbeitsverdienst des in fremdem Betriebe tätigen Kindes ist freies Vermögen (§ 1651) und darf dem Vater auch dann nicht als steuerpflichtiges Einkommen angerechnet werden, wenn der Sohn ihn ganz oder teilweise dem Vater als Vergütung für Kost und Wohnung gibt, da es sich um außergewerbliche, aus dem Familienverhältnis entspringende Leistungen und Vergütungen, deshalb nicht um eine Ertragsquelle des Vaters handelt.

3. Staudinger-Engelmann (2) Note 1g zu § 1651: Ob auch im Falle des § 1767 Abs. 1 der Surrogationsgrundsatz des § 1638 Abs. 2 gilt, ist Auslegungsfrage.

4. Die JDR. **2** zu §§ 1650, 1651 Ziff. 3 erwähnte Abhandlung Dronkes findet sich auch abgedruckt im RheinARV. **21** 39 ff.

§ 1653. BayOLG. **5** 622: Das Vormundschaftsgericht kann die Verwendung von Geld des Kindes in den Nutzen des Vaters auch außerhalb der Fälle des § 1667 nach seinem Ermessen von einer Sicherstellung des Rechtes der Kinder abhängig machen, insbesondere wenn anderenfalls bei mißlicher Vermögenslage des Vaters das Kindesvermögen ernstlich gefährdet würde. S. JDR. **1** zu § 1653 Ziff. 2a.

§ 1654. OLG. Breslau, ZBlFrG. **4** 709: Die Kosten eines für das Kind geführten Rechtsstreits (auch des Entmündigungsverfahrens) trägt, auch der Gerichtskasse gegenüber (§ 1654 Satz 2, 1388), abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 1654 Satz 3, daß sie dem freien Kindesvermögen zur Last fallen, der Vater auch dann, wenn kein Kindesvermögen vorhanden, wenn nur der Fall der gesetzlichen grundsätzlichen Nutznießung gegeben ist, entsprechend dem § 1387 Abs. 1 (die Haftung des Vaters folgt nach den Motiven den für den Ehemann geltenden Regeln).

Staudinger-Engelmann (2) Note I 8 zu § 1654: Die Kosten der Verteidigung des Kindes in einem Strafverfahren fallen dem Vater ohne Rücksicht darauf zur Last, ob die Aufwendung den Umständen nach geboten war; das Kind ist im Falle seiner Verurteilung ersatzpflichtig, wird aber den Ersatz nicht gebotener Aufwendungen ablehnen dürfen, wenn den Vater hierbei ein Verschulden nach § 1664 trifft.

§ 1665. Krug, HessRspr. **5** 87 ff. u. 94 ff.: Die religiöse Erziehung ist lediglich ein Teil der Gesamterziehung; in Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften nach Art. 134 EGBGB. stünde deshalb dem Inhaber der Personensorge, insbesondere gegebenenfalls der Mutter die freie Leitung der religiösen Erziehung zu. Durch die landesgesetzlichen Vorschriften (z. B. Art. 108 ff. HessAGBGB.) wird aber die Erziehungsgewalt eingeschränkt, ihre Nichtbefolgung ist eine Pflichtverletzung in Ausübung der Personensorge. Dagegen fehlt zur Anwendung des § 1666 BGB. in der Regel die Voraussetzung, daß durch die Erziehung des Kindes in einer anderen Konfession dessen geistiges Wohl gefährdet wird, da der Gesetzgeber die Konfessionen alle für gleich oder gleichwertig ansieht; nur unter besonderen Umständen (z. B. wegen vorgeschrittenen Alters des Kindes) kann ein Wechsel der Erziehungsgrundsätze gefährden und Einschreiten nach § 1666 rechtfertigen (s. a. 94*). Die Bestellung eines Beistandes für die Mutter erscheint zwar nach § 1687 Abs. 3 solchenfalls zulässig, aber kein geeignetes Mittel, da ihm eine materielle Einwirkung auf die Gewaltausübung versagt ist.

Die landesgesetzlichen Bestimmungen, die eine bestimmte Verpflichtung bei der Ausübung der religiösen Erziehung aufstellen, ohne das Einschreiten gegen Verletzung dieser Pflicht zu regeln (wie es in § 115 LübAGBGB. geschieht), lassen eine Lücke, da das BGB. die grundsätzliche Freiheit und Selbständigkeit des elterlichen Gewalthabers nur durch § 1666 BGB. einschränkt. Diese Lücke kann aber durch § 1665 BGB. ausgefüllt werden, wenn man die andersgläubige Mutter als dauernd rechtlich und tatsächlich verhindert ansieht, die religiöse Kindeserziehung in dem vom Gesetze vorgeschriebenen Bekenntnisse zu leiten, und zwar rechtlich verhindert, weil die Erziehung im fremden Glauben eine Pflichtwidrigkeit gegen ihren eigenen, die Erziehung in letzterem eine Pflichtwidrigkeit gegen das Gesetz und nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz diesen Konflikt einseitig zu seinen Gunsten hat lösen wollen, weshalb die positive Erziehungspflicht zessiert und nur eine Unterlassungspflicht bleibt. Daher Einschreiten des Vormundschaftsgerichts durch Pflegerbestellung oder eigene Maßnahmen des Ge-

richts, jedoch nur erforderlichenfalls, wenn nicht bei bloß passivem Verhalten der Mutter die Erziehungsaufgabe von Kirche und Schule befriedigend gelöst wird; s. IDR. 1 zu § 1687 Ziff. 3.

OLG. Rostock, DIZ. 04 751, JustizbRdsch. 3 177: Im Falle der Verhinderung der Mutter bedarf es zur Erhebung des Anspruchs aus § 1632 nicht der Bestellung eines Pflegers, wenn ein Vormund vorhanden ist, dem die begrifflich nach § 1793 zukommende und nur durch die Sondervorschrift des § 1707 Satz 3 entzogene Personensorge übertragen werden kann; in dem vormundschaftsgerichtlichen Auftrage zur Klagerhebung liegt eine solche Übertragung.

§ 1666. I. Voraussetzungen.

1. a) BayObLG. 5 209, R. 04 315: Schuldhafte Vernachlässigung im Sinne des § 1666 ist auch grobe Verletzung der Unterhaltspflicht, auch wenn sie den Zweck verfolgte, die Herausgabe der Kinder von der Mutter zu erzwingen; der Vater hätte, statt die Kinder der Notlage preiszugeben, den Herausgabeanspruch gerichtlich verfolgen müssen.

b) Die IDR. 2 zu § 1666 I 3b mitgeteilte Entscheidung findet sich auch BayObLG. 4 627.

2. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1666 II B 3aγ: Die Einwirkung des Vaters auf das Kind in religiöser oder politischer Hinsicht kann unter ganz besonderen Umständen als ehrloses oder unsittliches Verhalten (auch als Mißbrauch) erscheinen, z. B. Unterweisung in anarchistischen Grundsätzen unter Empfehlung der Propaganda der Tat; regelmäßig wird aber Einschreiten des Vormundschaftsgerichts aus Erwägungen religiöser oder politischer Natur ausgeschlossen sein, selbst wenn die Erziehungsart von dem herkömmlichen Ideale noch so weit entfernt ist.

3. a) BayObLG., DIZ. 04 822: § 1666 setzt gegenwärtige Gefährdung voraus, Grund zur Befürchtung, die Eltern würden das Kind künftig durch Vernachlässigung gefährden, genügt nicht.

b) OLG. 9 444 (KG).: Die Versagung der Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung, die zum Zwecke der Heirat der geschwängerten Tochter erfolgen soll, schädigt die Tochter moralisch und wirtschaftlich, da die Nachteile der außerehelichen Niederkunft (sittlicher, das Fortkommen erschwerender Mangel, Sorgepflicht für das Kind) vermieden oder wesentlich herabgemindert werden, wenn ihr die Möglichkeit der Heirat mit dem Schwängerer gegeben wird, und gefährdet damit das geistige und leibliche Wohl der Tochter; es sei denn, daß überwiegende Gründe trotz der Vorteile der Heirat die Versagung rechtfertigen.

4. OLG. Stuttgart, WürttZ. 46 139; OLG. 8 349: Ein Schutzbedürfnis des Kindes im Sinne des § 1666 liegt noch nicht ohne weiteres vor, wenn die Eltern sich getrennt haben und über die Unterbringung des Kindes uneinig sind, es muß vielmehr eine Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles, also die naheliegende Möglichkeit der Schädigung des Kindes an Leib oder Geist gegeben sein; hierzu reicht nicht die Feststellung aus, daß der Vater mit seinem Verlangen der Herausgabe des Kindes dessen wohlverstandenes Interesse schädige, auch nicht die Erwägung, daß im Zweifel das Kind bei seiner leiblichen Mutter besser verpflegt werde, als bei der Haushälterin des Vaters.

5. Cosack (4) II 577: Ist nur ein Elternteil schuldig, so darf das Vormundschaftsgericht seine Schutzmaßregeln auch bloß gegen ihn allein richten; nur die Fürsorgeerziehung (Anordnung der Unterbringung in Familie oder Anstalt) kann, obschon sie beide Eltern zusammen trifft, schon dann angeordnet werden, wenn der mit der Hauptsorge für das Kind betraute Elternteil schuldig ist (s. IDR. 1 zu § 1634 a. E.).

II. Gerichtliches Einschreiten im allgemeinen.

1. Pflegerbestellung während des Verfahrens.

a) Staudinger=Engelmann (2) zu § 1666 VI c 2: Da das Vormundschaftsgericht alle erforderlichen Ermittelungen von Amts wegen vorzunehmen hat (§ 12 FrGG.) und „eine Angelegenheit, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert ist", nicht in Frage steht, liegt zur Bestellung und Anhörung eines Pflegers vor einer Maßregel aus § 1666 keinerlei Anlaß vor. A. A. KG., OLG. 8 350 (s. JDR. 1 zu § 1666 II 2b und JDR. 2 zu § 1666 II 1a). ➠ Gegen die Notwendigkeit der Pflegerbestellung im Falle des § 1666 hat sich in einem erst der nächsten Berichtsperiode angehörenden Beschluß vom 9. 2. 05, der jedoch der praktischen Wichtigkeit halber schon hier erwähnt wird, das RG. (ZBlFrG. 5 755) mit wesentlich gleicher Begründung wie Staudinger=Engelmann ausgesprochen und damit den Liebling des Kammergerichts, den Pfleger, wenigstens aus dieser Position verdrängt. Die Vormundschaftsgerichte würden es noch freudiger begrüßen, wenn sich ein Heilmittel gegen die Pflegerepidemie im Falle der §§ 1795, 181 finden ließe; das dürfte aber dem Gesetzgeber vorbehalten sein. — Red. ⟵

b) KGJ. 27 A 182, ZBlFrG. 5 84, R. 04 412 (KG.): Keine Beschwerde gegen Pflegerbestellung im Erziehungsstreite der Eltern, weil nur vorbereitende Maßregel. S. JDR. 1 zu § 1666 II 2b und § 1635 II 1.

2. Zuständiges Gericht.

KGJ. 27 A 161 (KG.): Für die Entziehung der Sorge nach § 1666 ist das Gericht zuständig, bei dem eine auch nur das Vermögen betreffende Pflegschaft anhängig ist (§ 43 Abs. 2 FrGG.).

3. Verhältnis zum Prozeßgerichte.

Staudinger=Engelmann (2) Ziff. 7 zu § 1635: Die Befugnis des Vormundschaftsgerichts zu Maßregeln nach § 1666 Abs. 1 besteht auch während des Scheidungsprozesses und trotz erfolgter Regelung der Personensorge durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts; die Anordnungen des Prozeßgerichts und des Vormundschaftsgerichts sind gleichberechtigt, Komplikationen daher nicht ausgeschlossen, aber selten, da für beide Gerichte das Kindesinteresse die Richtschnur ist. S. JDR. 1 u. 2 zu § 1666 II 2.

OLG. 8 331 (KG.): Anordnung gemäß § 627 ZPO. durch das Prozeßgericht ist durch Einleitung des Scheidungsverfahrens bedingt.

OLG. 8 350 (KG.): Eine Anordnung des Vormundschaftsrichters nach § 1666 ist für den Prozeßrichter (§ 1632) maßgebend. S. JDR. 1 u. 2 a. a. O.

III. Die Unterbringung in Familien und Anstalten.

1. Verhältnis der Maßnahmen aus § 1666 zur landesrechtlichen Zwangs= oder Fürsorgeerziehung.

a) Best, R. 04 177 ff.: Die landesgesetzlichen Vorschriften über Zwangserziehung finden nur Anwendung auf die öffentliche Erziehung unter Aufsicht einer Staats= oder Kommunalbehörde; in anderen Fällen ist für den auf Grund der §§ 1666, 1838 BGB. einschreitenden Richter nur das Reichsrecht maßgebend. Ob die öffentliche Zwangserziehung subsidiär ist, kann nur auf dem Boden des Landesgesetzes beantwortet werden: Nach hessischem Rechte G. v. 11. 6. 1887 in der Fassung des Art. 284 AGBGB. keine Subsidiarität (a. A. OLG. Darmstadt, JDR 2 zu Art. 135 Ziff. 21g). Nach württ. Rechte ist anzunehmen, daß die öffentliche Zwangserziehung in allen Fällen eintreten soll, in denen die Voraussetzungen der §§ 1666, 1838 gegeben sind. Erscheint nach Landesrecht die öffentliche Zwangserziehung weder als eine subsidiäre noch als eine an erster Stelle zu treffende Maßregel, dann hat der Richter die Wahl zwischen ihr und der Unterbringung auf Grund §§ 1666, 1838; er wird die

öffentliche Zwangserziehung bevorzugen bei Mittellosigkeit oder dem Erfordernisse besonders eingreifender Maßregeln, in Ermangelung besonderer Gründe aber die reichsrechtliche Unterbringung, die den geringeren Eingriff in die Rechte des Erziehungsberechtigten enthält, wählen. S. JDR. **2** zu § 1666 III 2.

b) Cordes, OldZ. f. V. u. R. **30** 184 ff., führt unter eingehender Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien gegen Muscat (s. JDR. **1** zu Art 135 Ziff. 1) aus, daß § 1666 dem Vormundschaftsrichter die Unterbringung der Kinder unter den dort ausgesprochenen Voraussetzungen nicht nur der Anordnung, sondern auch der Ausführung nach überträgt und dem gegenüber die Bedeutung des Art. 135 in einer dem Landesgesetze freigegebenen Erweiterung der Zulässigkeit (Voraussetzungen) der zwangsweisen Erziehung außerhalb des Elternhauses, sodann in der Überlassung der öffentlichen Zwangserziehung an die Landesgesetzgebung (Zwangserziehung in Art. 135 = öffentliche Zwangserziehung) bestehe, daß demnach betreffs jener rein vormundschaftlichen Zwangserziehung der Vormundschaftsrichter nur durch die reichsrechtlichen Vorschriften beschränkt, betreffs der dem Landesrechte freigegebenen öffentlichen Zwangserziehung die Landesgesetzgebung sowohl materiell (Fälle der §§ 1666, 1838 oder bei objektiver Verwahrlosung Verhütung völligen sittlichen Verderbens) wie formell gebunden sei, formell: Anordnung nur durch das Vormundschaftsgericht, ebenso im allgemeinen auch Auswahl unter den Orten, nur bei Unterbringung auf öffentliche Kosten Auswahl durch Verwaltungsbehörde.

Cordes erörtert dann (204 ff.) das oldenburgische Gesetz (§§ 27 ff. AG. BGB.): Dasselbe geht von der Anwendbarkeit auf alle Fälle der Zwangserziehung ohne Unterscheidung zwischen öffentlicher und rein vormundschaftlicher aus, indem es in allen Fällen Übernahme der Kosten auf die Landeskasse und Auswahl zwischen Familien- und Anstaltserziehung durch die Verwaltungsbehörde vorsieht. Insoweit widerstreitet es dem Reichsrechte. Deshalb kann gleichwohl der oldenburgische Vormundschaftsrichter unter Abstandnahme von der öffentlichen Zwangserziehung eine vormundschaftliche Unterbringung in Familie oder Anstalt anordnen und ausführen, und zwar nicht nur, wenn das Kind Vermögen hat oder charitative Vereine eingreifen, sondern auch auf Kosten des Armenverbandes, der auch in Oldenburg im Falle der sog. künstlichen Hilfsbedürftigkeit einzutreten habe und zwar noch in weiterem Umfang als in anderen Bundesstaaten, nämlich allgemein im Rahmen des Notdürftigen, ohne Beschränkung auf bestimmte Kategorien, so daß auch die Kosten des Unterrichts, der Ausbildung und Erziehung innerhalb der Grenzen des Notdürftigen von der Armenverwaltung zu bestreiten sind, während es betreffs der Kosten „besonderer erzieherischer Veranstaltungen" zweifelhaft erscheint.

c) Die JDR. **2** zu § 1666 Ziff. III 2 Abs. 1 und 4 Abs. 1 mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch ZBlFrG. **5** 378 f.

2. Verhältnis zur Armenpflege.

a) BundesA. f. Heimatw., RheinARV. **21** 57 ff., PreußVerwBl. **25** 257: Mit der Anordnung der Trennung des Kindes von seinen Eltern entfällt die Möglichkeit der bisherigen Unterhaltsgewährung; diese Folge der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung muß auch die Armenbehörde anerkennen und deshalb in Ermangelung anderweiter Mittel innerhalb der im allgemeinen der Armenpflege gezogenen Grenzen ihre Hilfe gewähren. Der Umfang der Hilfsbedürftigkeit ist in solchem Falle der gleiche wie wenn die Eltern nicht mehr leben. Dabei ist die Armenbehörde nicht Ausführungsorgan des Gerichts, sondern völlig selbständig innerhalb ihrer armenrechtlichen Aufgabe; deshalb darf sie aber dem infolge der Anordnung seines Unterhalts entbehrenden Kinde die Hilfe nicht versagen (s. JDR. **2** zu § 1666 III 4). Schmidt, PreußVerwBl. **25** 257 knüpft

in einer Besprechung dieser Entscheidung die Hoffnung an, daß die Armenverbände, die Kreis- und Bezirksausschüsse diese Grundsätze anerkennen und Verweigerungen der Mittel zur Ausführung der nach § 1666 angeordneten Trennung nach Ablehnung der Fürsorgeerziehung nicht mehr vorkommen werden. Dazu Lindenau, PreußVerwBl. 25 664: Der gesetzliche Vertreter hat die Aufgabe, die Unterbringung bei den Armenbehörden zu beantragen, die nur die durch den Spruch des Vormundschaftsgerichts geschaffene Sachlage als gegeben zu betrachten und demnach als feststehend anzusehen haben, daß das Elternhaus als geeignetes Obdach ausscheidet, im übrigen aber in ihrer Entscheidung, ob ein Fall der Hilfsbedürftigkeit vorliegt, frei und selbständig sind.

b) KG., NaumbAK. **04** 20: Der Beschluß des Vormundschaftsgerichts, der gemäß § 1666 Unterbringung des Kindes außerhalb des Elternhauses anordnet, ist für den Armenverband maßgebend und begründet, wenn das Kind durch die Trennung im armenrechtlichen Sinne hilfsbedürftig wird, seine Unterstützungspflicht. Vom pflichtmäßigen Ermessen des Armenverbandes hängt aber die Art und Weise der Gewährung der ihm obliegenden Leistungen (Obdach, Pflege, unentbehrlicher Unterhalt) ab; die Unterbringung muß zwar in einer solchen Familie oder Anstalt erfolgen, von der Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohles oder sonstige schädliche Einwirkungen auf das Kind nicht zu besorgen sind, sie muß aber nicht lediglich deswegen außerhalb des Bezirkes des Armenverbandes erfolgen, weil in diesem die Eltern wohnen; vor schädlichen Einwirkungen, die nicht von der Pflegestelle, sondern von anderer Seite ausgehen, das Kind zu bewahren, ist nicht Pflicht des Armenverbandes (s. JDR. **2** zu Art. 135 Ziff. 21cα u. zu § 1666 III 4.

c) Josef, DJZ. **04** 547, spricht sich gegen das von Leo, OLG. Hamb. u. KG. (s. JDR. **2** zu § 1666 III 3) angenommene Beschwerderecht des Armenverbandes gegenüber einem Beschlusse des Vormundschaftsgerichts, der die Erziehung der Kinder außerhalb des Elternhauses anordnet, so daß der Armenverband die Mittel hierzu hergeben muß, aus, da über die Unterstützungspflicht des Armenverbandes eine Entscheidung nicht getroffen sei, sondern nur über das Sorgerecht der Eltern, der Armenverband vielmehr immer noch die Unterstützung, z. B. wegen fehlender Hilfsbedürftigkeit, wenn auch nicht aus dem Grunde, daß die obervormundschaftliche Anordnung zu Unrecht ergangen sei, ablehnen könne; es handele sich deshalb nicht um eine Beeinträchtigung des Rechtes des Armenverbandes, sondern höchstens um ein wirtschaftliches, rein mittelbares Interesse; auch auf § 57 [9] FrGG. könne das Beschwerderecht nicht gegründet werden, da der Armenverband nur sein eigenes vermögensrechtliches Interesse verfolgt, nicht für das Kind das Beschwerderecht ausübt.

Die JDR. **2** zu § 1666 III 3 Abs. 1 a. E. mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch SchlHolstAnz. **04** 302.

3. **RG.** (III. Straff.) **37** 1 ff. (s. JW. **04** 17): Neben der Zwangserziehung aus § 1666 bleibt für das aus der Personensorge entfließende gemeinschaftliche Recht der Eltern, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen, kein Raum; es endet daher durch diese Anordnung in seinem ganzen Umfange. Wird die elterliche Erziehungsgewalt in Vollzug der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung den an Stelle der Eltern zu Erziehungsleitern berufenen Personen übertragen und bildet sich zwischen diesen und dem Kinde ein nach der Auffassung der Sitte und des gemeinen Lebens dem natürlichen Eltern- und Kindesverhältnis ähnliches, dauerndes, sittlich gleichwertiges Band, also ein an sich rein tatsächliches Verhältnis, welches aber durch die obervormundschaftliche Anordnung die familienrechtliche Grundlage empfängt, so liegt ein Elternverhältnis im Sinne des § 235 StGB. vor, während diese Schutzvorschrift sonst nur auf

die leiblichen Eltern, den Vormund und Pfleger, nicht die lediglich vertragsmäßig zur Ausübung der Erziehuug angenommenen Hilfspersonen Anwendung findet.

Anders **RG.** II. Straff. betreffs der dem elterlichen Gewalthaber verbleibenden Rechte. S. zu § 1676 u. Lindenberg, DJZ. **04** 1055.

4. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1666 VId: Die Kosten der Maßregeln aus § 1666 trägt in Ermangelung landesrechtlicher Vorschriften das Kindesvermögen.

IV. Verkehr des Vaters mit dem Kinde nach Entziehung der gesamten Personensorge.

Staudinger-Engelmann (2) zu § 1666 III A 3 u. zu § 1636 N. 4 (auch zu § 1680 N. 8): Die gesamte Personensorge mit Einschluß der Vertretung kann nach § 1666 Abs. 1 entzogen werden. Das Recht persönlichen Verkehrs mit dem Kinde, vorbehaltlich näherer Regelung desselben durch das Vormundschaftsgericht, bleibt aber auch in diesem Falle dem Vater; da dieses Recht weder Ausfluß der Personensorge noch Bestandteil der elterlichen Gewalt ist, so kann es auch nicht beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 entzogen werden.

KG., ZBlFrG. 5 85, R. **04** 412: Der Vater, dem das Recht der Personensorge gänzlich entzogen ist, hat kein Recht, mit dem Kinde zu verkehren (§§ 1635, 1636 BGB. unanwendbar); der Pfleger hat allein zu bestimmen, ob und in welchem Umfang er dem Vater diesen Verkehr gestatten will, und nur bei Pflichtwidrigkeit des Pflegers (Behandlung der Wünsche des Vaters in bezug auf den Verkehr mit einer durch den Erziehungszweck nicht gebotenen Härte) schreitet das Vormundschaftsgericht ein. S. unten zu § 1680.

§ 1667. 1. Voraussetzungen.

a) Cosack (4) II 593 läßt schuldlose Pflichtverletzung genügen.

b) BayObLG. **4** 700: Die Gefährdung (begründete Besorgnis einer Schädigung) muß gegenwärtig bestehen; wenn wegen Vermögensverfalls eingeschritten werden soll, muß festgestellt werden, daß nach der Gestaltung der Vermögenslage des Vaters Gefahr für das Kindesvermögen gegeben ist.

Ebenso BayObLG. **5** 625, welches noch hervorhebt, daß die Besorgnis, der Vater könne sich durch seine mißliche Vermögenslage künftig zu Pflichtverletzungen verleiten lassen, Sicherungsmaßregeln gegen die künftige Gefährdung des Kindesvermögens nicht rechtfertige.

c) BayObLG. **5** 288, BayNotZ. **5** 198, R. **04** 387: Es genügt nicht begründete Besorgnis künftiger Verletzung der elterlichen Pflichten oder künftigen Vermögensverfalls und hierdurch eintretender Vermögensgefährdung, es muß vielmehr eine auf Pflichtverletzung oder Vermögensverfall des Gewalthabers beruhende gegenwärtige Gefährdung des Kindesvermögens bestehen. Bei der Annahme einer solchen Gefährdung ist zu berücksichtigen, daß der Gewalthaber schon nach §§ 1642, 1653 dahin beschränkt ist, daß er Geld mündelsicher anlegen muß und nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung für sich verwenden darf.

2. Verfahren.

a) Ordnungsstrafrecht.

RG. 57 134 ff., ZBlFrG. **5** 589 ff., HessRspr. **5** 10, JW. **04** 207, R. **04** 553, DNotVZ. **04** 435 (im Gegensatze zu KG., s. JDR. **1** zu § 1667 Ziff. 5): Das BGB. hat nur für einzelne Fälle eine Ordnungsstrafbefugnis ausdrücklich ausgesprochen, so in §§ 1788, 1837; es hat aber nicht die Frage geregelt, inwieweit die Maßregeln der §§ 1666 ff. gegen den elterlichen Gewalthaber zwangsweise durchgeführt werden dürfen, insbesondere durch Ordnungsstrafen; diese Frage ist vielmehr, da auch das FGG. keine Vorschriften darüber enthält, gemäß § 200 FGG. der Ordnung durch Landesgesetz verblieben; Art. 31 d. HessGes. v. 18. 7.

99, ebenso wie Art. 15 PrFGG. sind daher auch auf den elterlichen Gewalthaber anwendbar. Eine reichsrechtliche Schranke zieht nur § 1670 Satz 2, wonach zur Erzwingung der Sicherheitsleistung nur Entziehung der Vermögensverwaltung zulässig ist; diese Ausnahme bestätigt aber anderseits die Zulässigkeit der Ordnungsstrafen in anderen Fällen. Ebenso die JDR. **1** zu § 1667 Ziff. 5 angeführte Literatur und Staudinger (2) Vorbem. 10b vor § 1626, Thiesing, R. **04** 479; a. M. Krug, HessRspr. **5** 87, Cosack (4) II 573 [26].

b) Beschwerde.

Josef, Buschs Z. **33** 525: Hat das Vormundschaftsgericht den Vater unter Strafandrohung zur Inventarerrichtung und Rechnungslegung aufgefordert, dann die Strafe festgesetzt und neuerdings Strafe angedroht, so kann das von dem Vater hiergegen angerufene Beschwerdegericht, auch wenn es schärfere Maßregeln, wie Entziehung der Verwaltung, für angezeigt halten sollte, doch nur die Beschwerde zurückweisen; mangels einer besonderen Gesetzesbestimmung würde die Verhängung einer schwereren Maßregel ein unzulässiger Eingriff in die Selbständigkeit des Vormundschaftsgerichts sein (s. Aufsichtstätigkeit). Hat dagegen ein Verwandter des Kindes nach § 57 Ziff. 8 FGG. gegen Ablehnung beantragter Maßregeln das Beschwerdegericht angegangen, so kann dies solche Maßregeln verhängen und die verhängten verschärfen, es kann aber ohne Beschwerde des Vaters nicht die von dem Vormundschaftsgerichte verhängten Maßregeln, wenn es dieselben für zu scharf ansieht, zuungunsten der beschwerdeführenden Verwandten mildern.

c) Rechtshilfe.

OLG. Frankfurt a. M., HessRspr. **5** 36: Da der Vater, dem die Vermögensverwaltung entzogen ist, das dem Kinde gehörige Sparkassenbuch dem Pfleger herauszugeben und das Vormundschaftsgericht kraft Aufsichtsrechts den Pfleger nötigenfalls zur Klagerhebung anzuhalten hat, so hat das Gericht auch das Recht, durch Befragen des Vaters zu ermitteln (§ 12 FGG.), ob dieser nicht zur Herausgabe bereit ist; der Vater ist deshalb auch verpflichtet, in dieser Angelegenheit zur Vernehmung vor Gericht zu erscheinen, und kann hierzu durch Ordnungsstrafen gezwungen werden (Art. 15 preuß. FGG., Art. 31 HessAGFGG.); ein auf Vernehmung des Vaters und Verhängung von Ordnungsstrafen im Falle des Ausbleibens gerichtetes Ersuchen darf deshalb nicht abgelehnt werden, s. JDR. **2** zu § 1667 a. E.

§ 1669. 1. Inventarisation.

Die Angabe des Gesamtwerts der Haushaltungsgegenstände hält in Anwendung des § 1640 Abs. 1 Satz 2 für genügend Staudinger-Engelmann (2) zu § 1669 II b 2; s. JDR. **1** zu § 1669 II 1a und **2** zu § 1669.

2. Auseinandersetzung.

a) LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 125: Der lebenslängliche Nießbrauch, der dem Vater als überlebendem Ehegatten kraft Gesetzes nach Art. 192 HessAG. BGB. zusteht, beseitigt die Auseinandersetzungspflicht nach § 1669 nicht, da diese sich nicht auf das gerade nur auf Grund der elterlichen Gewalt verwaltete Vermögen beschränkt; der Nießbrauch setzt sich an den Teilen der Kinder fort. Der Nießbrauch ist auch nicht ohne weiteres Grund, den Aufschub der Auseinandersetzung zu gestatten.

b) LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 126: Die Gestattung des Aufschubs der Auseinandersetzung kann ohne zeitliche Grenze erfolgen; s. JDR. **1** zu § 1669 II 4 und Staudinger-Engelmann (2) zu § 1669 II c 4.

3. Bloße Anzeige

Staudinger-Engelmann (2) zu § 1669 V: Ist dem Beistande die Vermögensverwaltung übertragen (§ 1669), so beschränkt sich die Verpflichtung

der zur ferneren Ehe schreitenden Mutter auf die Anzeige ihrer Wiederverheiratungsabsicht bei dem Vormundschaftsgerichte.

4. Zuständigkeit.

Reichel, ZBlFrG. **5** 369, erörtert die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Erfüllung der im § 1669 dem wiederheiratenden Vater auferlegten Pflichten und die Ausstellung des Zeugnisses aus § 1314: Da eine „einzelne Angelegenheit" im Sinne des § 43 FGG. in Frage steht, so ist das Gericht des derzeitigen Wohnsitzes (der Kinder) zuständig, nicht notwendig das Gericht, bei dem das Inventar nach § 1640 eingereicht ist; soll im Falle eines Wohnsitzwechsels auf das frühere Inventar Bezug genommen werden, so muß der Weg des Ersuchens und der Aktenbeiziehung oder der Abgabe gemäß § 46 FGG. eingeschlagen werden.

§ 1670. OLG. **8** 352 (KG.): Zur Entziehung der Vermögensverwaltung reicht eine einzelne Vernachlässigung einer vom Gesetz oder Gericht auferlegten Pflicht der im § 1670 bestimmten Art aus; die Nachholung der versäumten Pflicht macht diese Vernachlässigung nicht ungeschehen und deshalb kann die Maßregel so lange aufrecht erhalten bleiben, als die Besorgnis weiterer Gefährdung nach freiem, sachlichem Ermessen des Gerichts besteht, es sei denn, daß eine weniger einschneidende Maßregel zur Sicherung des Kindes nunmehr ausreicht.

§ 1673. Monich, Buschs Z. **33** 68[18] über die Bedeutung des „Hörens": Keine streitige Verhandlung; Vater ist nicht gegnerische Partei, sondern ein Beteiligter, der eine abweichende Stellung einnimmt und dessen Interesse berührt wird.

OLG. **8** 350 (KG.): Verletzung der Ordnungsvorschrift des § 1673 Abs. begründet weitere Beschwerde, sofern die Entscheidung auf der Verletzung beruht; s. JDR. **1** u. **2** zu § 1673.

Die JDR. **2** zu § 1673 Abs. 3 mitgeteilte Entscheidung findet sich auch BayObLG. **4** 91.

§ 1676. **RG.** (Straff.) PrJMBl. **04** 284 ff.: Die Mutter, deren zur Fürsorgeerziehung überwiesene Tochter aus der Anstalt zu ihr beurlaubt und dann von ihr in einen Dienst untergebracht ist, kann sich durch Verweigerung der Auskunft über den Aufenthalt der Tochter gegenüber einem Fürsorgeerziehungsorgan (§§ 2, 3, 4, 9, 13, 14 d. preuß. Ges. v. 2. Juli 1900) der Entziehung eines Minderjährigen aus der Fürsorgeerziehung (§ 21 a. a. O.) schuldig machen. Der Anstaltsvorstand ist nach Art. 78 § 1 pr. AGBGB. gesetzlicher Vormund. Die Mutter als elterliche Gewalthaberin hat zwar an sich das Erziehungs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht, aber bei Meinungsverschiedenheiten geht die Ansicht des Anstaltsvorstandes nach § 1676 vor. Da sie durch anderweite Unterbringung der Tochter einen dem Willen des gesetzlichen Vertreters widersprechenden, wider das Recht verstoßenden Zustand herbeigeführt hat, so ist sie zur Abwendung dieses Zustandes kraft einer Rechtspflicht berufen; sie muß also dem Anstaltsvorstand und ebenso den anderen mit der Aufsicht über die Erziehung betrauten Behörden (Kommunalverband, Vormundschaftsgericht) Auskunft über den Aufenthalt geben. S. dazu Lindenberg, DJZ. **04** 1055, und **RG.** (III. Straff.) **37** 1 (zu § 1666 III 3). Vgl. auch KG., KGJ. **26** C 60 (Str.).

Staudinger-Engelmann (2) zu § 1677 N. 3 b: Im Falle des § 1676 Abs. 2 ist die Einwilligung des Gewalthabers zur Volljährigkeitserklärung des Kindes (§ 4 Abs. 2 Satz 1) nicht erforderlich, da er kein Entscheidungsrecht hat. S. JDR. **1** zu § 1676 Abs. 3.

§ 1680. Eck, Vorträge II 493 ff.: Die Handlung muß „an dem Kinde" begangen sein, nicht nur gegen das Kind wie bei Aussetzung, Verkuppelung; an

„dem Kinde" begangen ist die Handlung, wobei das Kind „körperlich angetastet wird" z. B. § 176 Nr. 1 u. 3 StGB.

Dagegen Leonhard N. 2: Eck scheint, obwohl die Motive ausdrücklich sagen, daß es darauf, ob die Tat an dem Kinde oder gegen das Kind begangen sei, nicht ankommen solle, doch das Gegenteil anzunehmen. Eine Unterscheidung zwischen Handlungen, die gegen die Person, und solchen, die gegen das Vermögen gerichtet sind, ist nicht berechtigt. Ebenso Staudinger-Engelmann (2) N. 2b zu § 1680, der noch hervorhebt, daß Delikte gegen öffentliche Rechtsgüter auch bei indirekter Benachteiligung des Kindes ausgeschlossen sind, z. B. Amtsverbrechen, Münzfälschung, und daß Einwilligung des Kindes die Verwirkung nicht ausschließt.

Staudinger-Engelmann (2) zu § 1680 Ziff. 8: Das Recht der Eltern auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde ist nicht Ausfluß der elterlichen Gewalt und wird daher durch deren Verwirkung nicht berührt; nur kann das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 den Verkehr näher regeln.

Planck N. 3 zu § 1680: Der Vater ist trotz der Verwirkung von dem persönlichen Verkehre mit dem Kinde nicht ganz ausgeschlossen (arg. § 1636); ein Recht auf den Verkehr, wie im Falle des § 1635, ist indessen nicht anzuerkennen, vielmehr dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts bzw. Vormundes zu überlassen, ob und inwieweit ein Verkehr im Interesse des Kindes stattfinden darf, s. oben zu § 1666 IV.

§ 1682. Staudinger-Engelmann (2) Note 3 zu § 1682: § 1682 handelt nur von der Fortführung der mit der Sorge für Person und Vermögen des Kindes verbundenen Geschäfte; zur weiteren Ausübung der Nutznießung am Kindesvermögen ist er nicht berechtigt, s. JDR. **1** zu § 1682 Abs. 2.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1684. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1684 Ziff. 1 c γ: Im Falle der Verwirkung der Gewalt des Vaters und Scheidung der Ehe geht die Gewalt auf die Mutter mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils oder im späteren Zeitpunkte der Verwirkung über, hinsichtlich der Sorge für die Person sind aber §§ 1635, 1636 maßgebend.

Ritter, DJZ. **04** 1171, spricht sich gegen die JDR. **2** zu § 1684 Ziff. 2 mitgeteilte Ansicht des KG. im Anschluß an eine Entscheidung des AG. Hamburg v. 1. 6. 04. aus.

§ 1685. 1. Cosack (4) II 570: Die Mutter übt auch im Falle des § 1685 die Gewalt nicht als Vertreterin des Vaters, sondern kraft eigenen Rechtes, und nicht nach den Anweisungen des Vaters, sondern nach eigenem Ermessen aus, s. JDR. **1** zu § 1685 Ziff. 1.

2. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1685 Ziff. 3 a ε: Ob der Vater tatsächlich verhindert war, ist eine im Streitfalle vom Prozeßrichter zu entscheidende Tatfrage.

3. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1685 Ziff. 4 a α: Eine gegen das Kind gerichtete Klage kann im Falle des § 1685 rechtswirksam nur der Mutter zugestellt werden.

A. A. Scherer, JDR. **1** zu § 1685 Ziff. 5.

§ 1687. Ziff. 1. Schmitt, BayNotZ. **5** 93 f.: Nichtig ist ein Vertrag, durch den der Vater sich im vorhinein des Rechtes begeben will, auf seinen Todesfall eine Beistandschaft für die Frau anzuordnen (s. unten zu § 1777).

Ziff. 2. Samter, DJZ. **04** 1019: Die Mutter ist unter Umständen zur Vermeidung einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem Kinde verpflichtet, die

Bestellung eines Beistandes zu beantragen, namentlich wenn sie sich ihrer Unzulänglichkeit in der Vermögensverwaltung bewußt geworden ist.

Ziff. 3. BayObLG., DJZ. **04** 822: Der Fall des § 1666 wird im § 1687 [3] nur beispielsweise hervorgehoben; ein Beistand kann auch wegen solcher Eigenschaften der Mutter, die es untunlich machen, ihr die Personensorge allein zu überlassen, bestellt werden.

OLG. **8** 356 (KG.): Beistandsbestellung zur Sicherstellung der den Landesgesetzen entsprechenden religiösen Kindererziehung möglich, erforderlichenfalls unter Entziehung des Erziehungsrechts; s. JDR. **1** zu § 1687 Ziff. 3 und oben zu § 1665.

§ 1692. Staudinger-Engelmann (2) N. 3a zu § 1692 hält — im Gegensatze zur 1. Aufl. — die Zuziehung des Beistandes zur Inventarerrichtung nicht in allen Fällen für erforderlich, sondern nur, wenn und insoweit die Einreichung des Verzeichnisses zu seinem Wirkungskreis gehört, sodaß z. B. der für die Verwaltung eines Landgutes bestellte Beistand nur zuzuziehen ist, soweit es sich um Inventarisierung des Landgutes handelt. A. M. anscheinend Eck, Vortr. II 498: Hier muß immer der Beistand mitwirken; jedesmal wenn das Kind nachträglich etwas erwirbt, muß er von neuem hinzugezogen werden, ebenso wenn etwas von dem Vermögen abgeht; s. JDR. **1** u. **2** zu § 1692.

§ 1693. Staudinger-Engelmann (2) N. 2g zu § 1693 hält Bestellung eines Gegenvormundes neben dem Beistande, dem die Vermögensverwaltung übertragen ist, für unzulässig; s. JDR. **1** zu § 1693 Ziff. 1.

§ 1694. 1. Staudinger-Engelmann (2) N. 1a zu § 1694: Die Mutter kann ihren Antrag auf Beistandsbestellung nach § 1687 Ziff. 2 zwar von der Bestellung einer bestimmten Person abhängig machen; im übrigen aber hat sie kein Benennungsrecht; s. JDR. **1** zu § 1694 und **2** zu § 1694 Ziff. 1.

2. Nach Staudinger-Engelmann (2) zu § 1693 N. 7 und Vorb. VIII vor § 1687 ist § 266 Abs. 1 StGB. nur anwendbar auf den Beistand in der Pflegerstellung; s. JDR. **2** zu § 1694 Ziff. 3.

3. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1694 N. 1e: Gegen die Festsetzung einer Vergütung für den Beistand hat die Mutter, deren Nutznießungsrecht hierdurch beeinträchtigt wird, Beschwerderecht nach § 20 FrGG.

4. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1694 Ziff. 3: §§ 1852—1857 sind auf die Beistandschaft nicht analog anwendbar.

§ 1695. 1. Staudinger-Engelmann (2) N. 1eß u. 3: Die auf Antrag der Mutter angeordnete Beistandschaft kann auch gegen den Willen der Mutter aufrechterhalten wie aufgehoben werden; im letzteren Falle muß aber auf erneuten Antrag gemäß § 1687 [2] ein Beistand wieder bestellt werden. Die Übertragung der Vermögensverwaltung erfolgt auf Antrag; der Antrag auf Aufhebung verpflichtet das Gericht aber nicht zur Aufhebung.

2. Nach Staudinger-Engelmann (2) N. 1eß steht der Mutter im Falle der Aufhebung der Beistandschaft ohne ihre Zustimmung die Beschwerde auf Grund des § 20 Abs. 1 FrGG. zu, während Planck N. 2 zu § 1695 die Beschwerde auf Grund des § 20 Abs. 2 FrGG. für gegeben erachtet.

§ 1696. Staudinger-Engelmann (2) N. 2d zu § 1698 nimmt, abweichend von der 1. Aufl., an, daß § 1696 durch § 1698 nicht berührt wird; s. JDR. **1** zu § 1696.

§ 1697. AG. Stuttgart, WürttZ. **46** 108: Eine Mutter, die vor 1. 1. 00 sich wieder verheiratet hatte und deren Ehe vor diesem Zeitpunkte auch bereits wieder aufgelöst war, kann die elterliche Gewalt über die Kinder erster Ehe nicht erlangen; s. JDR. **1** zu § 1697 Ziff. 5 u. JDR. **2** zu § 1697.

OLG. **9** 458 (KG): Die durch Wiederverheiratung verlorene elterliche Gewalt der Mutter wird durch Auflösung der zweiten Ehe nicht wiedererlangt. „Verlieren“ = endgültiger Verlust, nicht bloßes Ruhen.

OLG Frankfurt, KGJ. **28** A 298, R. **04** 604: Die wiederverheiratete Mutter hat über die religiöse Erziehung des Kindes innerhalb der gesetzlichen Schranken zu bestimmen, dem Vormunde steht eine Entschließung in dieser Beziehung nicht zu, wenngleich die Wahl der Konfession mit der Begründung der Zugehörigkeit zu der betreffenden Kirche rechtliche Folgen nach sich zieht.

§ 1698. Cosack (4) II 575: § 1698 will, wie sich aus der Gesamtheit der Bestimmungen und dem Hinweis auf § 1634 ergibt, nur während der Ehe gelten. A. M. Planck N. 2 zu § 1698, der § 1698 auch im Falle des Ruhens der Gewalt des Vaters gemäß §§ 1676, 1677 nach Auflösung der Ehe anwendet.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Es liegen bedeutsame Veröffentlichungen über das Namensrecht des unehelichen Kindes (Frese), über die Eideszuschiebung an die Kindesmutter in Alimentenprozessen (Ratter, Schmelz, Hörle) und über die Frage der Zulässigkeit der Adoption des unehelichen Kindes durch die eigene Mutter (Kuttner, Dittenberger, Müller) vor, die die behandelten Spezialfragen wohl zu klären geeignet sind. Die Rechtsprechung hat zu diesem Abschnitte nur wenig neues beachtenswertes Material geliefert.

§ 1706. 1. Zu Abs. 2 Satz 2 führt *Frese, ZBlFrG. **5** 134 ff. aus: Das Namensrecht des unehelichen Kindes ist Folge des im BGB. §§ 1705 bis 1707 geordneten Rechtsverhältnisses zwischen dem unehelichen Kinde und seiner Mutter. Die Voraussetzungen, unter denen dieses Rechtsverhältnis nach deutschen Gesetzen zu beurteilen ist, sind im Art. 20 EGBGB. bestimmt, und nach entsprechenden Grundsätzen regelt sich auch die Frage, welches der deutschen Landesrechte Anwendung zu finden hat. Die Wirksamkeit der Erklärung des Ehemanns der Mutter, daß er ihrem unehelichen Kinde seinen Namen erteile, ist abhängig davon, daß die Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde erfolgt. Die Zuständigkeit ist aber reichsgesetzlich nicht geregelt, das Recht der Namenserteilung hängt also völlig ab von dem Vorhandensein einer hinreichenden Zuständigkeitsnorm des einschlägigen Landesrechts. Die Zuständigkeitsnormen der meisten deutschen Landesrechte sind insofern unzureichend, als sie voraussetzen, daß der Mann in dem Bundesstaate wohnt oder sich aufhält, oder daß das Kind in dem Bundesstaate geboren ist, oder daß die Erklärung bei der in dem Bundesstaat erfolgenden Eheschließung abgegeben wird. Für die nicht seltenen Fälle, daß uneheliche Kinder außerhalb des Heimatsstaats der Mutter geboren werden, und daß dann die Mutter außerhalb ihres Heimatsstaats eine Ehe schließt und mit Mann und Kind außerhalb ihres Heimatsstaats wohnen bleibt, geben nur Baden, Hamburg, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz und Württemberg (sowie neuerdings anläßlich des Falles, der zu der Abhandlung die Anregung gegeben hat, Sachsen) ausreichende Zuständigkeitsnormen. Auf Reichsangehörige, die nicht zugleich Angehörige eines deutschen Bundesstaats sind (SchutzgebietsG. § 9), kann BGB. § 1706 Abs. 2 Satz 2 so lange keine Anwendung finden, als es an einer reichsgesetzlichen Zuständigkeitsnorm fehlt.

Ganz dasselbe gilt in den Fällen des BGB. § 1577 Abs. 2, 3, da sich auch hier die zuständige Behörde, der gegenüber die Erklärungen der Frau oder des Mannes abzugeben sind, nach dem einschlägigen Landesrechte (vgl. Art. 17 EGBGB.) bestimmt, die landesrechtlichen Zuständigkeitsnormen aber aus ähnlichen Gründen, wie im Falle des BGB. § 1706 Abs. 2 nicht immer ausreichen,

insbesondere für Reichsangehörige, die keinem Bundesstaat angehören, jede Zuständigkeitsnorm fehlt.

2. *Gräsel, Der Standesbeamte **29** 157 Nr. 9: Der Ehemann einer zum zweiten Male verheirateten Mutter eines unehelichen Kindes, dem gegenüber bereits deren erster Ehemann von seinem Rechte, ihm seinen Namen zu geben, unter der vorgeschriebenen Mitwirkung des Kindes und seiner Mutter Gebrauch gemacht hat, kann diesem Kinde nicht seinen Namen erteilen. Denn Voraussetzung des im dritten Satze des § 1706 gewährten Rechtes ist, wie sich aus seinem Zusammenhange mit dem ersten Satze ergibt, daß das Kind zu der Zeit, wo ein Berechtigter von seiner Befugnis Gebrauch zu machen beabsichtigt, auch tatsächlich den ihm vom Gesetze beigelegten Namen seiner Mutter noch führt. Es hat letzteres aber außerdem dadurch, daß ihm mit seiner Einwilligung vom ersten Ehemanne seiner Mutter dessen Namen erteilt worden ist, nicht lediglich ein nach § 12 BGB. geschütztes Recht auf den Namen dieses seines Stiefvaters erworben, sondern es ist ihm daraus zugleich die Verpflichtung erwachsen, diesen Namen nunmehr an Stelle des ihm gesetzlich zugesprochenen Namens seiner Mutter zu führen. Seine Einwilligung in die zweite Namenserteilung würde sich also damit nicht vertragen.

§ 1707. 1. Seifarth, R. **04** 571 ff.: Aus der Sorgepflicht der Mutter für die Person des unehelichen Kindes läßt sich die Verpflichtung derselben auf Namhaftmachung des Erzeugers begründen und ihre Erfüllung durch Klage erzwingen.

Ist die Mutter nicht imstande, die Person des Erzeugers mit Bestimmtheit zu benennen, so hat sie gegenüber einem zwangsweisen Vorgehen aus § 888 ZPO. die Verpflichtung, die Tatsachen anzugeben, soweit sie ihr bekannt sind.

2. KG., R. **04** 168: Das mütterliche Recht der Sorge für die Person des Kindes wird durch das Recht des Vaters aus § 622 II. 2 ALR. nicht beeinträchtigt, da die Mutter jederzeit die Herausgabe des Kindes verlangen kann, womit dann aber die Pflicht des Vaters, das bei der Mutter befindliche Kind zu unterhalten, aufhört.

§ 1708. 1. *Brettner behandelt, R. **04** 493, sechs Streitfragen, welche sich auf den gegen den natürlichen Vater gerichteten Anspruch beziehen. Er führt zuvörderst aus: Kind und Mutter, die gemeinschaftlich klagen, seien materielle Streitgenossen, im Sinne des ersten Falles im § 62 ZPO. — Er gibt ferner der Mutter das Recht der Zeugnisverweigerung, weil Ziff. 3 § 383 ZPO. nicht anwendbar. Erklärt sie aber, sich wohl über die Beiwohnung des Beklagten, nicht aber die gleichzeitige anderer vernehmen lassen zu wollen, so sei sie als zeugnisverweigernd anzusehen. — Sodann wird, besonders gegen Dernburg, hervorgehoben: die Eideszuschiebung an die Mutter in der allgemeinen Form sei zulässig, also dahin, ihr hätten in der Empfängniszeit auch andere Männer beigewohnt. In dem Eidessatze sei eine ausreichend bestimmte Tatsache (§ 471 ZPO.) enthalten, und ein etwaiger Eidesmißbrauch sei nicht so schwerwiegend als der mit dem Eidesausschluß verbundene Nachteil. (Vgl. unten § 1717 unter 2.) — Dann wird der Ansicht entgegengetreten, den Reifegrad des Kindes als einen Umstand anzusehen, aus welchem der Unmöglichkeitsnachweis des § 1717 BGB. erbracht werden könne. — Er meint ferner, die dem Kinde zu gewährende Rente sei auf mindestens 45 M. vierteljährlich zu bemessen, und eine nach dem Alter sich richtende nicht zu empfehlen. — Endlich wird Widerspruch erhoben gegen die Auslegung, welche Dernburg den im § 1708 BGB. enthaltenen Worten „zur Zeit der Vollendung des 16. Lebensjahrs" gibt. Denn auch die Entstehungsgeschichte ergebe klar die Notwendigkeit, bei dem — wenngleich unerwünschten — Wortlaute stehen zu bleiben.

2. *Seipel bespricht in SeuffBl. **04** 429 eine Entscheidung des OLG München vom 12. 1. 04, nach der ein Vertrag zwischen dem Vormund eines unehelichen Kindes und dessen Vater des Inhalts, daß der Vater außer einer gleichmäßigen Geldrente nur die Hälfte des Schul- und Lehrgeldes, der Kleidungskosten und etwaiger Krankheits- und Beerdigungskosten innerhalb der ersten 16 Lebensjahre des Kindes zahlen soll, eine unzulässige Schenkung aus dem Vermögen des Kindes sei, die vom Vormundschaftsgericht im Hinblick auf § 1812 Abs. 1 u. 3 und § 1714 BGB. nur unter grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflicht genehmigt werden könnte. ➾ Der Annahme eines Verzichts auf diese Nebenleistungen gegenüber dem Vater kann dadurch vorgebeugt werden, daß in der Vertragsurkunde der möglichst allgemein gehaltene Vorbehalt weiterer Ansprüche für den Fall gemacht wird, daß für deren Befriedigung nicht von der Mutter oder anderer Seite gesorgt wird oder gesorgt werden kann. — Red. ⇠

§ 1714. 1. *Weizsäcker-Lorenz, Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit (2) (gegen Boschan, KGBl. **02** 101 ff.): Die Festsetzung der Rente und ihres Betrags bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, auch wenn die Beteiligten lediglich eine Anerkennung und Feststellung der gesetzlichen Unterhaltspflicht bezwecken.

2. *Wansch, Justdstl. Rdsch. **04** 143 f.: Die uneheliche Mutter muß zu einer Vereinbarung zwischen dem Vater und dem unehelichen Kinde über eine an Stelle des Unterhalts zu gewährende Abfindung, soweit tunlich, gehört werden; denn in der Entscheidung über die vormundschaftliche Genehmigung (§ 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG.) liegt eine Verfügung, die nicht nur die Sorge für das Vermögen des Kindes, sondern auch die Sorge für die Person des Kindes betrifft. Die Anhörung der Mutter wird erfordert zur Durchführung des Rechtes und der Pflicht der Mutter, ihr Kind zu erziehen und zu unterhalten, zumal eine spätere Klage aus § 323 ZPO. beim Vorliegen des Abfindungsvertrags ausgeschlossen ist.

3. **RG. 56** 333: Vergleiche — auch gerichtliche — sind keine Prozeßhandlungen im Sinne des § 54 ZPO. Der Vormund bedarf daher zum Abschluß eines Vergleichs gemäß § 1714 der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. § 85 ZPO. betrifft nicht den Vergleich.

§ 1715. 1. Nach Heuer, R. **04** 571, ist bei Fehlgeburten der Anspruch aus § 1715 nicht gegeben. Er sagt weiter: Hat die Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit, aber nahe der äußersten Grenze des 181. Tages, stattgefunden und zur Schwängerung geführt, so spricht die Vermutung dafür, daß kein „Kind" geboren wurde, sondern daß es sich um einen noch nicht ausgetragenen Fötus handelt. Diese Vermutung muß die Geschwängerte durch den Beweis entkräften, daß die tot zur Welt gebrachte Frucht an sich reif und hinreichend ausgetragen gewesen sei, um außerhalb des Mutterleibes wenigstens eine Zeitlang zu leben.

2. *Witte, Alimentationspflicht des unehelichen Erzeugers, DJZ. **04** 985, führt folgendes aus:

a) Zu den infolge von Schwangerschaft oder Entbindung der Mutter etwa erwachsenden weiteren Aufwendungen, deren Kosten sie ersetzt verlangen kann, gehören nur positive Leistungen. Das ergibt sich aus dem Begriff „Aufwendungen" von selbst, so ist er auch sonst zu verstehen (vgl. §§ 670, 683, 693, 970, 1648), für solche Beschränkung gibt auch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen einen Anhalt, da nach der ursprünglichen Fassung die Rechte der Mutter dieselben wie nach preußischem Rechte sein sollten, und erst der Reichstag die jetzige Fassung gab; vgl. auch § 256. Danach kann die Mutter vom Vater des Kindes nur Erstattung ihr erwachsener wirklicher Kosten verlangen, z. B. falls sie wegen der Schwangerschaft von ihrer Herrschaft entlassen ist, Erstattung

des für die Erlangung einer neuen Stellung bezahlten Mäklerlohns, nicht aber auch Ersatz des ihr infolge der Entlassung entgangenen Verdienstes.

b) § 1715 begründet nur Ansprüche für die Mutter selbst mit kurzer Verjährungsfrist (4 Jahre, Abs. 3), die auch auf die Erben übergehen, aber nicht auch Ansprüche für die Erben der Mutter. Stirbt sie infolge der Schwangerschaft oder Entbindung, so haben die Erben nach § 1968 die Beerdigungskosten zu tragen und können deren Erstattung nicht vom Vater des Kindes beanspruchen.

§ 1717. 1. Vgl. „Empfängnistabelle", hrg. v. LR Dr. Reiche-Grosse in Dresden, Verlag Pierson Dresden.

2. *Natter, WürttJ. **16** 257 ff.: Die Eideszuschiebung an die Kindesmutter in Alimentenprozessen über einen in der kritischen Zeit mit einem anderen als dem Beklagten gepflogenen Geschlechtsverkehr ist auch ohne nähere Spezialisierung des Eidesthemas (Bezeichnung der beteiligten Person, des Ortes und der Zeit) und ohne Erbringung eines Verdachts für die Richtigkeit der zu beschwörenden Tatsache zulässig. Die Bestimmtheit der Bezeichnung des Beweisthemas i. S. des § 451 ZPO. deckt sich mit derjenigen konkreten Gestaltung der zu erweisenden Tatsache, durch welche ihre rechtliche Erheblichkeit bedingt ist; mehr darf nicht verlangt werden.

Ebenso Schmelz, SeuffBl. **04** 246 ff.

LG. Ulm, JW **04** 606 ff., führt aus, daß der Kindesmutter, die als Mitklägerin oder Vormund am Prozesse beteiligt ist, über die Frage der mehreren Beiwohner in der allgemeinen Fassung, „daß kein anderer als der Beklagte der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe", der Eid zugeschoben werden kann, jedoch nur in Fällen, wo nach der konkreten Sachlage einige Wahrscheinlichkeit für mehrere Zuhälter spricht, wo es dem Beklagten trotz begründeten Verdachts nicht möglich ist, zuverlässige Ermittelungen darüber anzustellen, ob und mit welchen anderen Personen ein Geschlechtsumgang der Mutter stattgefunden hat, und die näheren Umstände anzugeben, so daß die Eideszuschiebung nicht als ein unzulässiger Versuch sich darstellt, die Kindesmutter über Umstände auszuforschen, über welche bestimmte Behauptungen nicht aufgestellt werden können. In gleichem Sinne äußert sich Schneickert, Hirths Ann. **04** 556 ff. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 1708.

3. *Hörle, Buschs Z. **33** 271 ff., behandelt die Eideszuschiebung über die Beiwohnung eines anderen an den Vormund, der nicht die Mutter des Kindes ist, und führt die materiell-rechtlichen und die prozeßrechtlichen Gründe an, aus denen allein die Eideszuschiebung an den Vormund abgeschlagen werden kann. Auf die Art, so bemerkt Hörle weiter, wie der Zeugungsakt selbst ausgeführt worden ist, kommt es nicht an.

Zur Rechtfertigung der Eideszuschiebung an den Vormund, der nicht die Mutter des Kindes ist, genügt die bestimmte Behauptung, der Vormund habe wahrgenommen, daß die Mutter des Kindes innerhalb der Empfängniszeit einer anderen Mannsperson als dem in Anspruch Genommenen beigewohnt hat. Denn sie erschöpft den Inbegriff der zur Entstehung des Einwendungsrechts aus § 1717 BGB. erforderlichen unmittelbar erheblichen Tatsachen, so daß der Grund der Einwendung spezialisiert ist. Nach § 1717 kann die Behauptung der Beiwohnung eines Dritten nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn die Unmöglichkeit der Beiwohnung oder Empfängnis unter den in Ziff. 3 vorher bezeichneten Voraussetzungen nachgewiesen oder die Vaterschaft durch Anerkenntnis oder Urteil endgültig festgestellt ist. Nach § 286 ZPO. darf die Eideszuschiebung nicht schon dann abgeschlagen werden, wenn die Beiwohnung oder die Empfängnis unwahrscheinlich, mithin der erfolglose Ausfall des Beweises wahrscheinlich ist.

§ 1718. 1. *Dispeker, Die Anerkennung der Vaterschaft nach BGB. § 1718, SeuffBl. **04** 169, führt unterscheidend aus: Voraussetzungen der Anwendung des § 1718 sind

a) Anerkennung der Vaterschaft, das ist Geständnis, innerhalb der einrechnungsfähigen Zeit der Kindesmutter außerehelich beigewohnt zu haben und zugleich Willensäußerung, die aus der Beiwohnung entstandenen privatrechtlichen Folgen auf sich zu nehmen; — einseitiges Rechtsgeschäft; — nicht empfangsbedürftig; — unwiderruflich; —

b) nach der Geburt; —

c) in öffentlicher Urkunde; — zuständig Amtsgericht als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Notar oder Standesbeamter.

Wirkung: Der Anerkennende kann nicht die Einrede der mehreren Zuhälter vorbringen, dagegen kann er auch nach Anerkenntnis die Beiwohnung oder die Beiwohnung in der Empfängniszeit bestreiten oder die offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung behaupten.

Anfechtbar ist die Anerkennung der Vaterschaft wegen Irrtums nach § 119, z. B. bei Irrtum über Zeitpunkt der Beiwohnung, dagegen nicht bei irriger Ansicht, daß kein weiterer Zuhälter vorhanden sei, weil dies keinen Irrtum über den Inhalt der Erklärung darstellt. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist zulässig.

2. **RG. 58** 348, JW. **04** 489, DJZ. **04** 867, R **04** 501, 503, Justizd Rdsch. **04** 218: Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft auf Grund des § 123 Abs. 1 wegen unrichtiger Angaben der Mutter bezüglich ihres Geschlechtsverkehrs in der Empfängniszeit ist dem Kinde gegenüber unzulässig. — Das Anerkenntnis des § 1718 ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern ein Rechtsgeschäft, das allerdings nicht rechtsbegründende Wirkung, sondern nur die Natur eines Verzichts auf die Einrede der mehreren Zuhälter hat.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

§ 1741. 1. *Ed. Müller, AzivPr. **95** 256: Der § 1741 nimmt nur denjenigen Personen die Fähigkeit, durch Vertrag an Kindesstatt anzunehmen, die eheliche Abkömmlinge besitzen. „Ehelich" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Abkömmling, wenn die Voraussetzungen des § 1091 BGB. vorliegen, und unter den Voraussetzungen des § 1699 „gilt" auch ein Kind aus einer nichtigen Putativehe als „ehelich". Alle anderen Kinder sind nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes (vgl. §§ 1705, 1723, 1736 im Gegensatze zu §§ 1591 und 1699) „unehelich", auch das legitimierte Kind und das Brautkind. Ihr Vorhandensein nimmt daher die aktive Adoptionsfähigkeit ebensowenig, wie die Schwangerschaft der Ehefrau, d. h. die Aussicht auf das künftige Vorhandensein ehelicher Kinder.

2. Zur Frage der Zulässigkeit der Adoption des unehelichen Kindes durch den eigenen Vater oder durch die eigene Mutter (vgl. IDR **1** Ziff. 1 zu § 1741) äußern sich Kuttner in JheringsJ. **47** 1 ff. und Dittenberger, AzivPr. **95** 431 ff., zustimmend, während *Ed. Müller a. a. O. bemerkt: Dem Vater gegenüber ist das uneheliche Kind passiv adoptionsfähig. Anders liegt die Sache hinsichtlich der Mutter. Ihre Stellung zu dem Kinde ist vom BGB. genau festgelegt und der von Eltern zum Kinde ähnlich. Die Annahme ihres eigenen unehelichen Kindes an Kindesstatt muß für unzulässig erachtet werden, weil für die Herstellung eines künstlichen Eltern- und Kindesverhältnisses kein Raum sein kann, wo ein rechtlich anerkanntes, natürliches Eltern- und Kindesverhältnis bereits besteht.

Dittenberger a. a. O. sucht unter eingehender Begründung diese Auffassung zu widerlegen.

3. OLG. 8 375 (KG.): Der Abschluß eines nichtigen, weil in Wahrheit nicht auf Begründung eines Familienverhältnisses gerichteten, Adoptionsvertrags kommt auch für das Standesregister nicht in Betracht.

§ 1745. *Thiesing, R. **04** 382: Die Befreiung von der Altersvorschrift des § 1744 braucht nicht schon vor dem Abschlusse des Annahmevertrags erteilt zu sein. Ein vor Einholung des Dispenses abgeschlossener Vertrag ist daher keineswegs nichtig, sondern schwebend unwirksam, wie die Verträge der beschränkt Geschäftsfähigen. Einem solchen Vertrage darf daher auch die etwa erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht unter Hinweis auf das Fehlen des Dispenses verweigert werden, wenngleich die gerichtliche Bestätigung, die ja das Vorliegen aller Voraussetzungen der Annahme konstatieren soll, erst nach erwirkter Befreiung erfolgen darf.

§ 1747. OLG. **8** 358, KGJ. **27** 153 (KG.): Wird ein adoptiertes Kind nach dem Tode des Adoptivvaters anderweit an Kindesstatt angenommen, so ist dazu die erneute Einwilligung der leiblichen Eltern des Kindes erforderlich.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Unter den im Berichtsjahre wissenschaftlich erörterten Gegenständen sind hervorzuheben der Begriff der „Anordnung der Vormundschaft" und die Bedeutung des Vorhandenseins der Voraussetzungen für die Gültigkeit einer angeordneten Vormundschaft sowie der Umfang der Ermittelungspflicht des Vormundschaftsrichters in bezug auf die Voraussetzungen des Prüfungsrechtes und der Prüfungspflicht des Prozeßrichters hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit der angeordneten Vormundschaft und der Vertretungsbefugnis der im Rechtsstreit auftretenden Väter und Vormünder (s. zu §§ 1773, 1774, 1791).

Die Berufung zur Vormundschaft ist in mehrfacher Richtung theoretisch und in Entscheidungen behandelt worden: Nichtigkeit eines Verzichts auf das Benennungsrecht, Bedeutung einer Benennung unter aufschiebender Bedingung, Möglichkeit der Übergehung des zustimmenden Berufenen, Wirksamkeit der Berufung für jeden ferneren Fall der Vormundsbestellung, Zulässigkeit der Bestellung mehrerer benannten Mitvormünder und der Bestellung eines Mitvormundes nach Übernahme der Vormundschaft seitens eines ausgewählten Vormundes (s. zu §§ 1777 und 1778). Betreffs des ausgewählten Vormundes sind die Folgen der Verletzung der Übernahmepflicht und die Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung über die Übernahmepflicht für den Prozeßrichter erörtert worden (s. zu § 1787).

Endlich sind die Rechtsnatur der Vormundsbestellung (öffentlich-rechtlicher Akt) und die Erfordernisse des Bestellungsakts (mündliche Verhandlung unter Ausschluß der Vertretung oder schriftliche Bestellung?) sowie besonders eingehend die Rechtsnatur der Bestallung untersucht worden (s. §§ 1789 und 1791).

Literatur: v. Blume, Kommentar. — Fuchs, Besprechung von v. Blumes Kommentar, ZBlFrG. 5 230. — Eck-Leonhard, Vorträge II. — Frese, ZBlFrG. 5 359 und Örtel, SächsA. **14** 762, Besprechungen von Weyl, Findelkinder. Monich, Schutz von Gemein- und Gesamtinteressen in freiw. Ger., Buschs Z. **33** 1 ff. — Salinger, KGBl. **04** 28 ff., Prüfung der Legitimation der gesetzlichen Vertreter durch das Prozeßgericht. — Schmitt zu § 1777, BayNotZ. 5 93 ff. — Staudinger-Engelmann, Kommentar (2).

§ 1773. 1. v. Blume, Vorbem. zum 3. Abschn. Ziff. 3, erörtert den öffentlich-rechtlichen Charakter des Vormundschaftsrechts und der elterlichen Ge-

walt unter Hinweis auf die privatrechtlichen Wirkungen (Vertretungsmacht, Ansprüche und Haftung gegenüber dem Mündel).

2. BayOLG. **4** 939, auch KGJ. **27** A 288, R. **04** 78 Nr. 336, ZBlFrG. **5** 46, OLG. **8** 345: Da die Ehelichkeit des Kindes, dessen Vater ohne Feststellung hinsichtlich der Ehelichkeit, aber auch ohne Verlust des Anfechtungsrechts gestorben ist, lediglich davon abhängt, ob die Vermutung des § 1591 Abs. 2 BGB. zutrifft, bei Nichtzutreffen dieser Vermutung aber das Kind unehelich ist und eines Vormundes bedarf, so kann sich das Vormundschaftsgericht bei ernstem Zweifel an der Richtigkeit der Vermutung der Prüfung der Frage nicht entschlagen, muß vielmehr nach § 12 FrGG. Ermittelungen anstellen und Beweise erheben, um nötigenfalls einen Vormund zu bestellen.

3. Gegen die JDR. **2** zu § 1773 Ziff. 4 mitgeteilte Ansicht Weyls führt Frese, ZBlFrG. **5** 359 aus, daß dem Vormund eines Findelkindes das Recht zur Beilegung eines Vornamens nur dann zukäme, wenn feststände, daß die Eltern dem Kinde noch keinen Namen beigelegt hätten, da die Namengebung ein nur einmal auszuübender Fürsorgeakt sei, daß aber ein Recht zur Beilegung eines Nachnamens dem Vormund ebensowenig wie den Eltern zustehe; Frese will aus dem Staatsaufsichtsrecht über die Namenführung die Norm herleiten, daß in allen Fällen, in denen der zukommende Name nicht zu ermitteln ist, die Staatsverwaltung durch ihre Organe den bis auf weiteres zu führenden Namen zu bestimmen habe. S. auch Colin, Puchelts Z. **35** 491: Name der Findelkinder als vorläufige Personenbezeichnung auf die Dauer der Unkenntnis des wahren Namens.

Ebenso führt Oertel, SächsA. **14** 762 gegen Weyl aus, daß die Erteilung von Familiennamen an Findelkinder als eine Namensänderung nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Landesrechts zu beurteilen sei (in Sachsen dem Ministerium des Innern zustehe), während allerdings das Recht der Vornamengebung an Findelkinder dem Vormunde (bei volljährigen Namenlosen diesen selbst) zukomme, daß ferner die Fürsorge für die Namengebung betreffs neugeborener Findelkinder (Herbeiführung der Erteilung des Vor- und Zunamens durch die zuständigen Stellen) Pflicht der Polizeibehörde sei (§ 24 Abs. 1 Satz 2 PStG.).

§ 1774. 1. Anordnung der Vormundschaft.

a) Begriff.

v. Blume, Vorbem. 1 vor § 1773: Anordnung der Vormundschaft ist die auf die Bestellung eines Vormundes abzielende und mit dieser abschließende Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts; sie umfaßt die Anordnung der Vormundschaft im engeren Sinne = Verfügung, durch welche die Vormundschaft eingeleitet wird und mit welcher der Mündel unter Vormundschaft gestellt ist (Bekanntmachung nur im Falle des § 52 FrGG. erforderlich), und im weiteren Sinne die Bestellung des Vormundes (vgl. auch Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1774.

b) Offizialverfahren.

Monich, Buschs Z. **33** 54[9]: Ein Offizialverfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit findet zum Schutze von Gemeininteressen (= Gegensatz zu den in Sonderrechten wurzelnden und geschützten Sonderinteressen [46]) statt, z. B. wegen eines öffentlichen Interesses bei der Sorge für Eintritt der vormundschaftlichen Fürsorge; zum Schutze von Gesamtinteressen (die durch Gemeinschaft des Rechtes der Substanz oder der Ausnutzung nach begründet sind [50]) in Gestalt der Überwachung der vormundschaftlichen Fürsorge. Bei den Vormundschaftssachen besteht eine familienartige und Verwaltungsgemeinschaft zwischen dem Vormund und dem Mündel (62).

c) Rechtsmittel.

Josef, ZBlFrG. 5 174: Wenn die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft während der Ferien auf Grund des § 10 Satz 2 FrGG. unterbleibt, so ist hiergegen nur Dienstaufsichtsbeschwerde zulässig, die aber nur Erfolg hat, wenn die Aufsichtsbehörde eine Beschleunigung für geboten erachtet.

2. Nichtigkeit der Anordnung.

a) Staudinger-Engelmann (2) Note 7c zu § 1773: Die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft ist nichtig und der bestellte Vormund weder zur gerichtlichen noch außergerichtlichen Vertretung befugt, wenn die rechtlichen Voraussetzungen der Anordnung (z. B. Minderjährigkeit) nicht vorlagen; § 53 ZPO. bildet eine auf die Vormundschaft unanwendbare Ausnahme; auch die außerhalb des Prozesses von oder gegenüber dem einem Volljährigen irrig bestellten Vormund vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind, von der Sondervorschrift des § 32 FrGG. abgesehen, nach den Grundsätzen der §§ 177 ff. BGB. zu beurteilen.

b) Für die Nichtigkeit der Vormundschaft auch v. Blume Note 4b zu § 1789 (s. a. Note 8 vor § 1909) aus dem Grunde, weil nach § 1882 die Vormundschaft mit dem Wegfalle der Voraussetzungen ipso iure endigt; deshalb nimmt aber v. Blume keine Nichtigkeit an beim Mangel einer Voraussetzung, deren Wegfall die Vormundschaft nicht von selbst beendigen würde, z. B. im Falle des früheren Todes des verschollenen Mündels nach § 1884; und aus demselben Grunde nimmt v. Blume auch an, daß die Pflegschaft der Aufhebung bedarf, wenn ihre Voraussetzungen fehlen, wie wenn sie später wegfallen (§ 1919).

Gegen diese Einschränkungen der Nichtigkeit Staudinger-Engelmann (2) a. a. O. unter Hinweis auf die von v. Blume nicht berücksichtigten Fälle des § 1918. S. JDR. 1 zu § 1774 Ziff. 1 und JDR. 2 zu § 1774 Ziff. 1.

c) Entgegen der JDR. 1 zu § 1774 Ziff. 1 mitgeteilten Ansicht von Schultzenstein-Köhne, daß irrige Bestellung eines zweiten Vormundes nichtig sei, nehmen v. Blume, Note 4a zu § 1789, und Staudinger-Engelmann (2) zu § 1780 Ziff. 4c an, daß Mitvormundschaft eintritt.

3. Nachprüfung durch das Prozeßgericht.

a) Salinger, KGBl. 04 28 ff.: Das Prozeßgericht hat lediglich zu prüfen, ob der die Partei vertretende Vormund oder Pfleger von der zuständigen Behörde als solcher bestellt ist, während ihm die Prüfung der materiellen Voraussetzungen, mag dabei lediglich Tatsachenwürdigung oder Gesetzesanwendung in Frage stehen, nicht zukommt. Die Feststellung der Verhinderung nach § 1677 oder eines Interessengegensatzes nach § 1796 als Voraussetzung einer Vormundschaft oder Pflegschaft unterliegt daher nicht der Nachprüfung des Prozeßrichters, es ist aber auch eine Vormundschaftsanordnung maßgebend, obwohl nicht beide Gewalthaber sowohl in den die Person als in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind. Anderenfalls würde, wenn das Prozeßgericht statt des Vormundes einen Pfleger oder umgekehrt für den richtigen gesetzlichen Vertreter hielte, es an einem Mittel fehlen, diese Ansicht gegenüber den vormundschaftsgerichtlichen Instanzen durchzusetzen; das beweist, daß die Prüfung der Gesetzmäßigkeit nur der Behörde zustehen kann, die über die Anordnung zu befinden hat. S. JDR. 2 zu § 1910 Ziff. 7 und zu § 1774 Ziff. 1.

b) Zu der Frage der Nachprüfung der Verfügung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Prozeßrichter s. a. OLG. Braunschweig, ZBl. FrG. 5 327: Kein allgemeines Prinzip des Ausschlusses der Nachprüfung; die im § 32 FrGG. vorgesehene Ausnahme, daß Unwirksamkeit im Falle sachlicher

Unzuständigkeit eintritt, bezieht sich auch auf den Fall, daß die Angelegenheit überhaupt nicht den Gerichten zur Erledigung zugewiesen ist.

§ 1776. Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 2bα zu § 1776: Abs. 2 ist nicht mehr anwendbar, wenn das durch die Annahme an Kindes Statt begründete Rechtsverhältnis aufgehoben und damit die Wirkungen der Annahme weggefallen sind. S. JDR **1** zu § 1776 Ziff. 5.

v. Blume Ziff. 4 zu § 1776, Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 2bα zu § 1776 gegen Fuchs 143, Philler Note 4: Abs. 2 verhindert nach Beendigung der elterlichen Gewalt auch dann die Berufung des Großvaters, wenn dieser selbst den Enkel adoptiert hat.

§ 1777. 1. *Schmidt, BayNotZ. **5** 93 f.: Nichtig ist ein Vertrag, durch den der Vater sich von vornherein des Rechtes begeben will, auf den Fall seines Todes seinen Kindern einen Vormund oder seiner Frau einen Beistand zu benennen. Diese Vaterrechte sind Bestandteile der elterlichen Gewalt und können als solche durch Verzicht nicht aufgegeben werden; der Verzicht verstößt aber auch wider die guten Sitten, weil dem Vaterrechte die sittliche Vaterpflicht entspricht, im Bedarfsfalle den Vormund oder Beistand zu benennen, und weil diese sittliche Pflicht keine Beschränkung durch Rechtsgeschäfte duldet.

2. a) v. Blume Note 4aα u. 5 zu § 1777: Die Benennung unter aufschiebender Bedingung, die bei Eintritt des Vormundschaftsbedürfnisses noch schwebt, schafft nur ein rechtliches Hindernis der Berufung; der Benannte kann daher ausgewählt werden, falls nicht die bedingte Benennung eine Ausschließung bis zum Eintritte der Bedingung enthält. Nach Mot. IV 1054 gilt der bedingt Benannte zunächst als verhindert, die Vormundschaft zu übernehmen; ebenso Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 2 zu § 1777, Planck Ziff. 3 zu § 1777.

b) v. Blume Note 4b zu § 1777: Benennung mehrerer Vormünder sowohl als Eventualbenennung, die Nach- wie Ersatzbenennung ist, wie als Gesamtbenennung zu gemeinschaftlicher Amtsführung möglich.

3. a) v. Blume Ziff. 2 zu § 1777: Die Mutter hat kein Benennungsrecht, wenn zur Zeit ihres Todes die Vermögensverwaltung dem Beistand übertragen war (§ 1693).

b) Für das Benennungsrecht des Adoptivvaters auch Staudinger-Engelmann (2) Note 2aα zu § 1776, v. Blume Ziff. II 2 zu § 1776.

c) Cosack (4) II 644[6], abweichend von 3: Für das Vorhandensein der Vertretungsbefugnis (§ 1777 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2) ist auch die Todeszeit maßgebend.

Cosack (4) II 645: Die Eltern können auch für noch ungeborene Kinder, auch wenn die Kinder noch bei ihren Lebzeiten geboren werden, einen Vormund gültig benennen.

d) Für Benennungsrecht gegenüber der verheirateten Tochter auch Staudinger-Engelmann (2) Note 1b zu § 1777, v. Blume Note 2 zu § 1777. S. JDR. **1** zu § 1777 Ziff. 3d.

4. Staudinger-Engelmann (2) Note 4 zu § 1777: Mit dem Benennungsrecht ist ein Recht, die Befugnisse des benannten Vormundes besonders zu regeln, nicht verbunden, soweit nicht das Gesetz ausdrückliche Bestimmungen enthält, z. B. §§ 1797 Abs. 3, 1852; v. Blume 4c zu § 1777: insbesondere kein Recht zu Einschränkungen der Befugnisse des Vormundes. A. A. Schultzenstein-Köhne Note 2 zu § 1776.

§ 1778. 1. Recht aus der Berufung, keine Übernahmepflicht. v. Blume, Note 1 zu § 1778, spricht sich dahin aus, daß die Berufung nur ein Recht auf Übertragung der Vormundschaft verleihe, keine Verpflichtung

zur Übernahme begründe, und führt als Vertreter einer anderen Meinung Fuchs 148, Richter 65, Philler Note 1 zu § 1778 auf. Hiergegen wendet sich *Fuchs in einer Besprechung ZBlFrG. 5 230, indem er hervorhebt, daß er keine Verpflichtung aus der Berufung für den Berufenen annehme, sondern für das Vormundschaftsgericht, das im Interesse des Mündels den zwar nicht ablehnenden, aber doch mit der Übergehung einverstandenen Berufenen nicht lediglich auf Grund dieser Zustimmung übergehen dürfe, sondern nur beim Vorliegen eines der im § 1778 Abs. 1 genannten Gründe oder doch eines anderen die Nichtberücksichtigung der Berufung rechtfertigenden Grundes, und auch Philler a. a. O. in diesem Sinne versteht.

2. Übergehung.

a) BayObLG. 5 160 ff., R. **04** 226: Die Übergehung eines Berufenen macht die Bestellung des anderen Vormundes nicht unwirksam, gibt dem Übergangenen nur ein Beschwerderecht innerhalb der Frist in §§ 60 Abs. 2, 22 FrGG. Der Übergangene ist zwar wieder zur Vormundschaft berufen, wenn ein neuer Vormund zu bestellen ist, die Berufung wird aber erst mit der Beendigung des Amtes des bisherigen Vormundes wirksam. Die Ablehnung der Entlassung des bisherigen Vormundes beeinträchtigt kein Recht des Übergangenen (nach Ablauf der Frist im § 60 [1] Abs. 2) und gibt demselben nicht ohne weiteres Beschwerderecht, soweit nicht § 57 [9] FrGG. Platz greift, indem es dem Übergangenen darum zu tun ist, die Personensorge in seine Hand zu bekommen.

b) v. Blume Note 6 zu § 1778: Das Vormundschaftsgericht kann eine Verfügung, die eine unberechtigte Übergehung enthält, nach § 18 II FrGG. nicht selbst ändern, wenn nicht ein Entlassungsgrund nach § 1886 vorliegt.

c) Staudinger-Engelmann (2) Note 3 zu § 1778 nimmt an, daß das Vormundschaftsgericht, wenn es in Unkenntnis der Berufung einen anderen bestellt hat, diesen auf Verlangen des Berufenen entlassen und den Berufenen als Vormund bestellen muß.

Planck Ziff. 5 zu § 1778: Rückgängigmachung von Amts wegen bei zu Unrecht erfolgter Übergehung.

3. Mitvormund.

Die JDR. **1** zu § 1778 Ziff. 4a mitgeteilte Ansicht Schlechts, daß „Mitvormund" nur ein im Sinne von § 1797 Abs. 1 Ernannter sei, hält Staudinger-Engelmann (2) Note 2 zu § 1778 für nicht genügend begründet.

v. Blume Note 8 zu § 1778: Durch die Benennung mehrerer Mitvormünder wird das Recht des einzelnen beschränkt, deshalb bedarf es der Zustimmung des einen zur Mitbestellung des anderen nicht.

BayObLG. 5 121, R. **04** 194: Neben einem nicht berufenen Vormund ist die Bestellung eines Mitvormundes auch noch zulässig, nachdem jener die Vormundschaft schon übernommen hat.

§ 1779. 1. Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1779: Es bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, welcher Gemeindewaisenrat zu hören ist; regelmäßig der des Wohnorts des Mündels, s. JDR. **1** zu § 1779 Ziff. 1 b.

2. Die JDR. **2** zu § 1779 Ziff. 2b mitgeteilte Entscheidung des OLG. Königsberg findet sich auch OLG. 8 1.

3. Nach Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 2 a. E. zu § 1779 gibt es gegen die im Widerspruche mit § 1779 Abs. 2 Satz 2 oder 3 erfolgte Vormundsbestellung kein Beschwerderecht auf Grund des § 57 [9] FrGG., weil die Bestellung nicht als eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit bezeichnet werden kann. Auch v. Blume, Note 3 zu § 1779, gewährt kein Rechtsmittel gegen Verfügungen, die die Weisungen des

§ 1779 nicht beachten. S. JDR. 2 zu § 1779 Ziff. 4 und JDR. 1 zu § 1779 Ziff. 2b.

§ 1781. v. Blume, Note 3 zu § 1781: Die Eltern, deren Gewalt verwirkt ist oder ruht oder denen Sorge für Person und Vermögen entzogen ist, müssen, da ihre Bestellung zum Vormund im offenbaren Widerspruche zum Zwecke des § 1773 stände, als untauglich gelten. Dagegen Staudinger-Engelmann, N. 3c zu § 1781, der sie nur für regelmäßig ungeeignet ansieht.

Gegen die JDR. 1 zu § 1781 mitgeteilte Ansicht von Schultzenstein-Köhne auch v. Blume N. 2a zu § 1781.

§ 1782. 1. Individuelle Ausschließung.

v. Blume, Note 2 zu § 1782, hält die Ausschließung ganzer Personenklassen ohne namentliche Benennung der Einzelnen für zulässig; a. A. die herrschende Meinung z. B. Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1782; s. a. JDR. 1 zu § 1782.

2. Bedingte Ausschließung.

Ist die Benennung eines Vormundes unter auflösender Bedingung als Ausschließung vom Eintritte der Bedingung an zu verstehen, der Vormund aber ohne Vorbehalt (§ 1790) bestellt, so ist der Eintritt der Bedingung an und für sich noch kein Entlassungsgrund, sondern nur dann, wenn das Recht eines Berufenen verletzt ist oder ein sonstiger Entlassungsgrund (§ 1886) vorliegt. v. Blume, Note 4 a β zu § 1777 und Note 3 zu § 1782; ebenso Staudinger-Engelmann (2) Note 2 a. E. zu § 1777 und Note 6 zu § 1782; s. JDR. 1 zu § 1777 Ziff. 2 und § 1782 Abs. 3; a. M. JDR. 2 zu § 1782.

3. Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1782: Gegenüber dem Anstaltsvorstand ist die Ausschließung in den Fällen des Art. 136 Nr. 3, nicht in denen der Nr. 1 und 2 zulässig.

4. Folge der Bestellung Ausgeschlossener.

Nach v. Blume, Note 3 zu § 1782, führt die Bestellung eines Ausgeschlossenen nur aus den Gründen des § 1886, aber nicht aus dem Schlußsatze des § 1886 zur Entlassung; s. JDR. 1 u. 2 zu § 1782.

Nach Cosack (4) II 649 kann der Vormund entlassen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, daß er von dem Vater ausgeschlossen war, die Entlassung hängt aber vom Ermessen des Gerichts ab.

§ 1783. v. Blume, Note II 1 zu § 1783, fordert Erteilung der Zustimmung gegenüber dem Vormundschaftsgerichte (der Sicherheit wegen), während Staudinger-Engelmann (2), Note 2d zu § 1783, Erklärung gegenüber der Frau oder dem Gerichte zuläßt; s. JDR. 1 zu § 1783.

Staudinger-Engelmann (2), Note 2c zu § 1783, hält entgegen der Ansicht Dernburgs (JDR. 2 zu § 1783) auch für die Frau eines Entmündigten Zustimmung zur Vormundschaftsübernahme für notwendig, da die Vormundschaftsführung auch für das Vermögen des Mannes von Bedeutung ist. Auch v. Blume, Note II 1 zu § 1783, fordert Zustimmung des Vormundes des geschäftsbeschränkten Ehemanns.

§ 1784. v. Blume, Note 1 zu § 1784, bemängelt die Nichterwähnung der Bestimmungen des Reichsbeamten- und Militärrechts im § 1784, da trotz Mot. IV 1073 ein Bedürfnis vorliege, diese nicht die Bestellung des Vormundes, sondern die Übernahme der Vormundschaft betreffenden Vorschriften im § 1784 durch Anweisung an den Vormundschaftsrichter ebenso zu ergänzen, wie die landesgesetzlichen Normen. v. Blume (daselbst Note 3 u. 7) hält aber diese Vorschriften für fortbestehend, auch soweit sie privatrechtlichen Inhalt haben, den § 41 RMG. nur insofern für abgeändert, als die Bestellung einer Militärperson oder eines

Zivilbeamten der Militärverwaltung trotz fehlender Erlaubnis gültig ist, da BGB. die Gründe der Unfähigkeit ausschließend geregelt hat.

Für Ausdehnung des § 41 RMG. auf die Marine (s. JDR. **2** zu § 1784) auch v. Blume, Note 3 zu § 1784. Dagegen Staudinger-Engelmann (2), Note 3 zu § 1784.

v. Blume, Note 4 zu § 1784: Ob auch „Privatbeamte" der Erlaubnis bedürfen, hat die Landesgesetzgebung zu bestimmen; a. A. Hesse (JDR. **1** zu § 1784).

v. Blume, Note 6 zu § 1784, gibt dem Beamten bis zur Entscheidung über die Erlaubnis das Recht, die Übernahme der Vormundschaft zu verweigern. A. A. Staudinger-Engelmann (2), Note 4 zu § 1784, der dies Recht erst nach erfolgter Verweigerung gibt.

v. Blume, Note 6 zu § 1784: Das Vormundschaftsgericht kann die Erlaubnis selbst einholen; s. JDR. **1** zu § 1784.

§ 1785. Staudinger-Engelmann (2), Note 2a zu § 1785: Unberührt bleiben die internationalen Verträge, die Ausländern die Übernahmepflicht auferlegen, z. B. Art. 3 des deutsch-russischen Handelsvertrags v. 10. 2. (29. 1.) 94 (RGBl. 156).

§ 1786. Ziff. 3. Staudinger-Engelmann (2) Note 1c zu § 1786 zählt das von einem anderen an Kindesstatt angenommene Kind des Vormundes nach Wiederaufhebung des Annahmeverhältnisses mit; a. A. Planck Note 2c zu § 1786.

Der JDR. **2** zu § 1786 Ziff. 8 angeführte Beschluß des KG. findet sich auch SeuffA. **59** 161, und der daselbst mitgeteilte Beschluß des BayObLG. auch SeuffBl. **04** 259.

§ 1787. 1. Öffentlich-rechtliche Natur.

v. Blume Note 1 zu § 1787 betrachtet die Übernahmepflicht, entsprechend der als öffentlich-rechtliche Fürsorgehandlung erscheinenden Aufforderung des Vormundschaftsgerichts zur Übernahme, auch als öffentlich-rechtliche gegenüber dem Mündel; a. M. Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1787 u. A. im Anschluß an Mot. IV 1063.

2. Schadensersatzpflicht.

a) Schadensersatzpflicht aus § 1787 als solche aus unerlaubter Handlung v. Blume Note 2 zu § 1787; a. A. Staudinger-Engelmann (2) Note 2 zu § 1787 (Verjährung in 30 Jahren).

b) v. Blume Note 2γ zu § 1787: Die Ersatzpflicht beschränkt sich auf den Schaden, der daraus entsteht, daß der Mündel der Fürsorge entbehrt; nicht zu ersetzen ist der Schaden, den ein infolge der grundlosen Weigerung einstweilen bestellter Pfleger anrichtet; s. JDR. **1** zu § 1787.

c) Planck Note 5 zu § 1787, Staudinger-Engelmann (2) zu § 1787 Note 4: Die Entscheidung des Vormundschafts- und Beschwerdegerichts darüber, ob der Ausgewählte zur Übernahme der Vormundschaft verpflichtet war, ist für den über den Schadensersatzanspruch urteilenden Prozeßrichter nicht bindend.

§ 1788. Abs. 2. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1788 Ziff. 1: Ein Herabgehen der Ordnungsstrafe unter den Betrag von 1 Mark dürfte unzulässig sein.

§ 1789. 1. Rechtsnatur der Bestellung.

v. Blume Note 1 zu § 1789: Bei der Bestellung erklärt der Richter kraft seiner Amtsgewalt, daß er den Vormund zu treuer Amtsführung verpflichte, und der Vormund unterwirft sich dieser Verfügung: ein öffentlich-rechtlicher Vorgang, zusammengesetzt aus dem Verwaltungsakte des Richters und der Einwilligungserklärung des Vormundes, die einen Teil des Tatbestandes der Ernennung bildet,

kein privatrechtlicher Vertrag, die Einwilligung nicht nach privatrechtlichen Regeln zu beurteilen. Ähnlich Endemann § 219 in Note 46, während im § 215 Note 4 von „Vertragsnatur" gesprochen wird; s. JDR. **1** zu § 1789 Ziff. 1 b.

2. Erfordernisse des Bestellungsaktes.

v. Blume, Note 2 zu § 1789, erachtet nur für wesentlich, daß das Gericht den Berufenen mit dessen Einwilligung als Vormund bestätigt, mündliche Verhandlung aber nicht für unumgänglich, jedoch bei schriftlicher Bestellung Zustellung für erforderlich. Gegen die Zulässigkeit der schriftlichen Bestellung wie Vertretung beim Bestellungsakt: Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1789; s. JDR. **1** zu § 1789 Ziff. 1 und JDR. **2** zu § 1789 Ziff. 1.

§ 1791. 1. Rechtsnatur der Bestallung.

a) Eck, Vorträge II 542: Die Bestallung hat nicht die Bedeutung einer Vollmachtsurkunde. Der Aussteller einer freiwilligen Vollmacht muß sich gefallen lassen, daß sie, obwohl erloschen, noch gegen ihn fortwirkt, während bei dem Mündel kein Grund vorliegt, ihm den Nachteil aufzubürden, den ein Mißbrauch der erloschenen Bestallung verursacht. Wenn also der Vormund nach dem Tode des Mündels oder seiner Entlassung noch unter Vorlegung der Bestallung Geschäfte abschließt, dann kann die also mißbrauchte Bestallung nicht wie ein Legitimationspapier dem gutgläubigen Dritten Rechte gegen den Mündel verschaffen.

b) v. Blume Note 1 zu § 1791: Gegen die Annahme einer rechtsbegründenden Wirkung der Bestallung spricht § 1893 Abs. 1, der eine Sondervorschrift über das Verhältnis von Vertretungsmacht und Vormundschaft gibt, ohne auf die Bestallung Rücksicht zu nehmen, obgleich § 1893 Abs. 2 die Rückgabe der Bestallung vorschreibt.

c) Staudinger-Engelmann (2) Note 2 u. 6 zu § 1791: Die Bestallungsurkunde hat nicht den Charakter eines selbständigen Legitimationspapiers nach Art der Vollmachtsurkunde, weshalb das Recht auf amtliche Auskunft über Person und Legitimation des Vormundes von besonderer Bedeutung ist; s. JDR. **1** zu § 1791 Ziff. 3 b.

d) WürttZ. **46** 40: Die Bestallungsurkunde ist lediglich ein gerichtliches Zeugnis über die Bestellung, von ihrer Aushändigung hängt die Gültigkeit der Bestellung und der Beginn des Amtes nicht ab, wie das württembergische Formular der Bestallungsurkunde: Der „. . . . wird hierdurch bestellt" vermuten läßt.

2. Erfordernis des Nachweises der Vertretungsmacht.

Salinger, KGBl. **04** 25 ff., erörtert die Frage, inwieweit es im Prozeß eines Nachweises der Vertretungsmacht des Vormundes bedarf. Er erachtet es für prinzipwidrig, beim Vormunde den Nachweis der Bestellung immer, bei dem Vater aber nicht den Beweis der Vaterschaft zu fordern, da beide Fälle hinsichtlich der Frage, ob die als Vertreter benannten Personen wirklich die Vertreter sind, gleichliegen; in beiden Fällen hält er nach § 56 ZPO. den Nachweis nur insoweit für nötig, als Zweifel obwalten, ebenso wie nur in Zweifelsfällen die Volljährigkeit oder Minderjährigkeit der Partei zu prüfen sei. Eine Verschiedenheit zwischen Vater und Vormund nimmt er aber hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für das Vertretungsverhältnis an, insofern die Vertretung durch den Vater den Regelfall bildet, der einen weiteren Nachweis nicht erfordert, während die Vertretung durch Mutter, Vormund, Pfleger einer genauen Aufklärung der Voraussetzungen und in Zweifelsfällen des Nachweises derselben bedarf; Zweifelsfälle werden ganz besonders die sein, in denen Ruhen der Gewalt des Vaters oder ähnliche Umstände den Grund für das Auftreten der Mutter oder eines Vormundes bilden.

§ 1792. v. Blume Note 1 zu § 1792: In einzelnen Paragraphen umfaßt das BGB. durch das Wort „Vormundschaft" auch die Gegenvormundschaft mit z. B. §§ 1836 Abs. 1, 1882, während andere Vorschriften nur durch § 1792 Abs. 4 von der Vormundschaft auf die Gegenvormundschaft erstreckt werden. ➳ Im § 1792 Ziff. 5 erörtert v. Blume, Vorschriften der preußischen Vormundschaftsordnung v. 5. 7. 75 als noch geltend, die durch Art. 89[30] preuß. AGBGB. außer Kraft gesetzt sind und an deren Stelle Art. 78 § 3 preuß. AGBGB. getreten ist. — Red. ⬿

v. Blume Note 3 zu § 1792: Verwaltung des Vormundes liegt immer vor, wenn Mündelvermögen vorhanden ist und nicht ein Dritter (z. B. Ehemann) zu verwalten hat, mag auch nur Sparkassenbuch oder Hausrat vorhanden sein; s. dagegen JDR. **1** zu § 1792 Ziff. 1.

Gegen den Beschluß, der die Bestellung eines Gegenvormundes ablehnt, ist nach Staudinger-Engelmann (2) zu § 1792 Ziff. 1 a. E. Beschwerde nicht zulässig; s. JDR. **2** zu § 1792 Ziff. 2.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Während in der vorigen Berichtsperiode im Anschluß an die öffentlich-rechtliche Natur des Vormundschaftsamts die Übertragbarkeit des Amtes und einzelner Funktionen untersucht wurde, tritt jetzt die Frage in den Vordergrund, ob und inwieweit die zeitlichen und inhaltlichen Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vormundes einem Bevollmächtigten, insbesondere einem Prokuristen anhaften (Beendigung der Vollmacht mit dem Aufhören des Amtes des Vormundes, Erfordernis obervormundschaftlicher Genehmigung zu Rechtsgeschäften des Vertreters; s. zu §§ 1793 Ziff. 1, 1821 I 6 b, 1822[11]).

Bei Mitvormündern kommen die verschiedenen Möglichkeiten der Abgrenzung ihrer Wirkungskreise und die Art des notwendigen Zusammenwirkens bei Rechtsgeschäften in Betracht; beide Fragen haben vorwiegend theoretische Beantwortung gefunden (s. zu § 1797). Ferner ist die Einschränkung der Vertretungsmacht des Vormundes durch den Sperrvermerk nach § 1809 ebenso wie die Bedeutung dieses Vermerkes nach beendeter Vormundschaft in der Literatur behandelt.

Einen besonders breiten Raum, vorwiegend in den theoretischen Erörterungen des Berichtsjahres, nimmt die obervormundschaftliche Genehmigung ein, sowohl die allgemeinen Lehren als die Einzelfälle der Anwendung. Die Frage, ob eine bestimmte Form für die Genehmigung erforderlich oder sogar stillschweigende Genehmigung möglich sei, ist mehrfach beantwortet (s. § 1821 I 2), ebenso ist auch die Möglichkeit einer Zurücknahme der Genehmigungsverfügung sowie die Anfechtung des genehmigten Rechtsgeschäfts wegen Irrtums des Richters (s. § 1821 I 5 u. 7) untersucht worden. Das Recht der Beschwerde gegen Genehmigungsverfügungen hat eine ausgiebige Erörterung erfahren, namentlich ist das Beschwerderecht des Vertragsgegners Gegenstand zahlreicher Entscheidungen gewesen, darunter einer Reichsgerichtsentscheidung, die das Beschwerderecht aus dem Grunde verneint, weil mit dem Augenblicke der Wirksamkeit dem Dritten gegenüber (§ 1829 Abs. 1 Satz 2) zugleich die Unabänderlichkeit der Verfügung nach § 55 FrGG. eintrete, also ein Erfolg der Beschwerde ausgeschlossen sei, sowie eine Entscheidung des BayObLG., die die Beschwerde dem Dritten auch dann versagt, wenn er ein Recht auf die genehmigungsbedürftige Leistung hat (s. zu § 1828 II 3). Der § 1829 hat auch wieder Anlaß zu mannigfachen Streitfragen gegeben. Zunächst ist der Begriff der „Mitteilung" im Sinne des § 1829 Abs. 1 Satz 2 untersucht worden; sie wird als rechtsgeschäftliche Erklärung aufgefaßt, bestritten ist aber, ob sie als einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 1831 anzusehen ist (s. § 1831 Ziff. 4); weiter ist die Frage erörtert und verschieden beantwortet, wann eine solche „Mitteilung" im Gegensatze zu einer bloß nachrichtlichen Bekanntgabe vorliegt, und wie lange deshalb die Möglichkeit einer Abänderung in höherer

Instanz besteht. Auch die Zulässigkeit eines Verzichts auf die Mitteilung oder des Ersatzes derselben im Wege der Vollmachtserteilung ist mehrfach besprochen, insbesondere auch die Frage, ob der gemeinsame Bevollmächtigte nach Empfang der Verfügung des Vormundschaftsgerichts den Entschluß, von dieser Gebrauch zu machen, irgendwie kundgeben muß (s. zu § 1829 Ziff. 1 und 2).

Endlich ist auch der Einfluß der obervormundschaftlichen Genehmigung auf die Haftung des Vormundes in einem Erkenntnisse des RG. ausführlich erörtert worden (s. § 1833).

Die einzelnen Fälle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sind hauptsächlich in folgenden Punkten behandelt worden:

a) Die Frage, ob gewisse Rechtshandlungen als genehmigungsbedürftige Verfügungen über Grundeigentum aufzufassen sind: Besitzübertragung; Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung betreffs einer Hypothek; Bewilligung einer Eigentümergrundschuld; die zustimmende Erklärung bei der Abstimmung der Grundeigentümer im Zusammenlegungsverfahren; Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, wenn der Mündel Miterbe ist (s. § 1821 II).

b) Der Begriff des Erbteilungsvertrags, insbesondere die Frage, ob die Vereinbarung eines Aufschubs der Erbteilung darunter fällt (§ 1822 ²).

c) Die Genehmigungsbedürftigkeit eines von einem Kommunalverbande für einen Fürsorgezögling abgeschlossenen Lehrvertrags (s. § 1822 ⁶).

d) Die Bestellung des Vormundes als Prokuristen im Mündelgeschäfte (s § 1822 ¹¹).

e) Die Genehmigungsbedürftigkeit des Prozeßvergleichs, die auch vom RG. bejaht ist (s. § 1822 ¹²).

f) Die Befugnis des Vormundes zur Erteilung einer Löschungsbewilligung mit Genehmigung des Gegenvormundes, wenn die Hypothekenforderung des Mündels getilgt ist, nicht nur die Sicherheit aufgegeben werden soll (§ 1822 ¹³).

Einen recht lebhaften Meinungsaustausch hat schließlich die Frage hervorgerufen, wer die Portokosten der Berichte der Vormünder an das Gericht in vermögenslosen Vormundschaften zu tragen hat, ob insbesondere der Vormund befugt ist, diese Berichte unfrankiert zu senden (s. zu § 1835).

Literatur: Breit, Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, ZBlFrG. **5** 389 f., 473 ff., 569 ff. — Brettner, R. **04** 626, Zur Vertretungsmacht des Vaters. — Court, DJZ. **04** 312 und Marcus, DJZ. **04** 353, Welche rechtliche Stellung nimmt der Vormund im Handelsgeschäft ein, das er im Namen des Mündels führt? — Dambach, WürttZ. **46** 326 ff, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. — Ermel, DJZ. **04** 309, Fuchs, DJZ. **04** 393, Fund, R. **04** 188, Körner, ZBlFrG. **5** 345 ff., Kosten des Schriftwechsels in Vormundschaftssachen. — Josef, ZBlFrG. **4** 827 ff., Entscheidungsrecht und -Pflicht des Gerichts der weiteren Beschwerde. — Josef, ZBlFrG. **5** 203 ff., Anfechtbarkeit der die Genehmigung von Rechtshandlungen des Vormundes betreffenden Verfügungen im Lichte der Praxis. — Josef, DNotVZ. **04** 249—272, Kleinere Streitfragen aus FrGG. — Natter, WürttZ. **46** 193 ff., 225 ff., Vertrag über Aufschub der Eventualteilung. — Oelhafen, SeuffBl. **04** 241, Vertretung Minderjähriger bei Erklärungen gegenüber dem Nachlaßgerichte. — Pfäfflin, Gruchots Beitr. **48** 12 ff., Abgeleitete Geschäftsfähigkeit Minderjähriger. — Schultheis, ZBlFrG. **5** 361 ff., Die Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 als Voraussetzung der Wirksamkeit obervormundschaftlicher Genehmigung. — Seligsohn, Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden (1904). — Witte, DJZ. **04** 985 ff., Alimentationspflicht.

§ 1793. 1. Bestellung eines Vertreters.

a) v. Blume Note 3 zu § 1793: Die Vollmacht, die der Vormund im Rahmen seiner Vertretungsmacht Dritten zu einzelnen Rechtsgeschäften erteilen kann, erlischt mit der Vertretungsmacht des Vormundes nach Maßgabe des § 1893, weil es sich hier um eine Weitergabe der Vertretungsmacht handelt. Anders im Falle der Ermächtigung nach § 113 und der Erteilung der Prokura nach § 48 HGB., die der Vormund nicht kraft seiner allgemeinen Vertretungsmacht, sondern kraft besonderer Delegation des Gesetzes erteilt, weshalb die Ermächtigungen die Vertretungsmacht des Vormundes überdauern.

b) Staudinger-Engelmann (2) Note 6 zu § 1793 läßt die Vollmacht überhaupt nicht mit der Beendigung des vormundschaftlichen Amtes erlöschen, s. IDR. 1 zu § 1793 Ziff. 1d und IDR. 2 zu § 1793 Ziff. 1a.

c) KG., KGJ. 27 A 197, DJZ. 04 509 über die regelmäßige Unzulässigkeit der Bestellung eines Generalbevollmächtigten durch den Testamentsvollstrecker.

Dagegen Weißler, DNotVZ. 04 624, der in der Generalvollmacht nicht die Übertragung des ganzen Amtes sieht, den Generalbevollmächtigten als einen Gehilfen wie jeden Bevollmächtigten (möglicherweise unter genauester Aufsicht des Machtgebers stehend) betrachtet.

2. Einschränkung der Vertretungsmacht im Falle des § 112.

Pfäfflin, Gruchots Beitr. 48 12: Die gesetzliche Vertretung durch den Vormund hört auf, insoweit der Mündel zum selbständigen Geschäftsbetriebe nach § 112 BGB. ermächtigt ist; er kann nicht mit oder neben dem Mündel innerhalb des fraglichen Geschäftskreises tätig sein, auch nicht den Abschluß eines einzelnen Geschäfts hindern, s. IDR. 2 zu § 1793 Ziff. 8.

3. Vormund als Handlungsbevollmächtigter.

Court, DJZ. 04 213: Der Vormund, der im Namen des Mündels das Handelsgewerbe betreibt, hat die Rechtsstellung eines Handlungsbevollmächtigten nach § 54 HGB., er bedarf zu den im § 54 Abs. 2 HGB. genannten Rechtsgeschäften, auch zur Prozeßführung der obervormundschaftlichen Genehmigung. Gegen das Erfordernis der Genehmigung zur Prozeßführung Marcus, DJZ. 04 354, der auch im übrigen die Gleichstellung des Vormundes mit einem Handlungsbevollmächtigten ablehnt.

4. Besitzer des Mündelvermögens.

Staudinger-Engelmann (2) zu § 1793 Note 3 (auch Note 3d vor § 1638): Nimmt der Vormund Sachen des Mündels in Besitz, so wird er regelmäßig unmittelbarer, der Mündel mittelbarer Besitzer, nicht Mitbesitzer; der Mündel kann aber auch Besitzdiener oder Alleinbesitzer sein. Nach v. Blume, Note 2b zu § 1793, wird der Mündel, dem der Vormund Sachen zur Benutzung oder Verwaltung überläßt, nur Inhaber nach § 854 (Vormund bleibt Besitzer), nur in den Fällen der §§ 112, 113 Besitzer.

Cosack (4) II 66: Der Vormund ist in Ansehung des Mündelguts nur Inhaber, es sei denn, daß er es in seiner Privatwohnung verwahrt; nur in letzterem Falle sind die Erben des Vormundes oder der entlassene Vormund auf Herausgabe zu verklagen, sonst kann es der neue Vormund eigenmächtig in Besitz nehmen. Das gleiche gilt vom Vater hinsichtlich des Freiguts (597).

5. Unterstützung des Vormundes bei Geltendmachung der Unterhaltsansprüche, s. IDR. 2 zu § 1793 Ziff. 10.

a) α. Josef, R. 04 14ff.: Nimmt das Vormundschaftsgericht die vollstreckbare Erklärung auf, in der der Erzeuger des Mündels sich zur Unterhaltsleistung verpflichtet, so handelt das Vormundschaftsgericht nicht in seiner Eigenschaft als Vormundschaftsbehörde, sondern lediglich in der allgemeinen als Urkundsbehörde. Ein vom Vormundschaftsgericht um Beurkundung der Erklärung des Erzeugers ersuchtes anderes Gericht handelt folglich nicht in Vertretung des Vormundschaftsgerichts, sondern nur in seiner allgemeinen Eigenschaft als Urkundsbehörde, daher hat auch nicht der Gerichtsschreiber des Vormundschaftsgerichts, sondern der des ersuchten Gerichts die vollstreckbare Ausfertigung der Verpflichtungsurkunde zu erteilen.

β. Die Beurkundung von Vereinbarungen über Ansprüche aus §§ 1708, 1714, 1715 BGB. ist reichsgesetzlich nicht den Gerichten übertragen, insbesondere nicht durch § 167 Abs. 1 FGG. und §§ 126, 128 BGB. Die Aufnahme vollstreckbarer Urkunden (§ 794 Ziff. 5 ZPO.) über Ansprüche des Mündels oder

der Mündelmutter gehört auch nicht zu dem Geschäftskreise des Vormundschaftsgerichts. Deshalb erklärt **RG. 57** 396, PucheltsZ. **35** 388, JW. **04** 344, R. **04** 317 bei Ablehnung eines dahingehenden Ersuchens durch ein elsaß-lothringisches Amtsgericht § 160 GVG. für unanwendbar und die Beschwerde für unzulässig. OLG. Colmar, R. **04** 226, hält die Ablehnung betreffs vollstreckbarer Urkunden seitens der elsaß-lothringischen Amtsgerichte für begründet, da sie dort zum Geschäftskreis der Notare gehören.

b) OLG. Cassel, R. **04** 607: Die Ermittelung des Vaters eines unehelichen Kindes ist keine dem Vormundschaftsgerichte gesetzlich zugewiesene Aufgabe; Ermittelungen und Beweiserhebungen nach § 12 FGG. dienen nur zur Vorbereitung von Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts, die in seinem Geschäftsbereiche liegen. Daher sind Ersuchen der Vormundschaftsgerichte um Zeugenvernehmungen zur Ermittelung des Vaters abzulehnen.

c) ➠ Über die Frage, ob in dem JDR. 2 zu § 1793 Note 1 behandelten Falle der Gerichtsschreiber des ersuchten oder des ersuchenden Gerichts die die vollstreckbare Ausfertigung erteilt, Falkenstein, DJZ. **04** 860 (für Zuständigkeit des ersuchten Gerichts), Schäfer, SeuffBl. **04** 130, DJZ. **04** 1078 (für Zuständigkeit des ersuchenden Gerichts auf Grund der Annahme eines Stellvertretungsverhältnisses). — Red. ⟵

§ 1795. 1. a) BayObLG. (Ferienſ.) **5** 412, ZBlFrG. **5** 412, KGJ. **28** A 296, R. **04** 444: § 1795 Nr. 1 unterscheidet nicht zwischen obligatorischen oder dinglichen, zweiseitigen oder einseitigen Rechtsgeschäften, schließt daher in Verbindung mit § 1630 Abs. 2 Satz 1 den Vater von der Erteilung der Zustimmung namens der Kinder als Nacherben zu dem von der Mutter als Vorerbin mit Dritten geschlossenen Vertrage (§ 2113 BGB.) aus, da die Zustimmung nicht Bestandteil des Hauptgeschäfts, sondern ein besonderes und zwar einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist.

Anders BayObLG. **5** 547: Die Einwilligung der anteilsberechtigten Kinder nach §§ 1445, 1487 BGB. kann sowohl dem Vater als dem Vertragsgegner gegenüber erklärt, aber auch durch eine Handlung betätigt werden, in der sie klaren Ausdruck findet; z. B. öffentliche Beurkundung zur Übermittelung an die Grundbuchbehörde. Eine Erklärung namens der Kinder an sich selbst zu richten, ist der Vater nach den §§ 181, 1630, 1795 gehindert (Pflegerbestallung), dagegen ist er nicht gehindert, die Einwilligung namens der Kinder in anderer Weise als durch ein mit ihm vorzunehmendes Rechtsgeschäft zu erteilen, durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile oder durch unmittelbare Betätigung, die, insoweit sie für den anderen Teil bestimmt ist und eine an ihn gerichtete Erklärung ersetzt, von § 181 nicht berührt wird. Pflegerbestellung ist also nicht erforderlich; da obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich ist, wird das Gericht bei Interessengegensatz nötigenfalls die Vertretungsmacht entziehen (§ 1796).

Für Pflegerbestellung Cosack (4) II 610 a. E.

b) *Oelhafen, SeuffBl. **04** 241: Die nach Art. 4 Abs. 2 des Bayr. Nachlaßgesetzes dem Nachlaßgerichte gegenüber von den Erben abzugebende Erklärung „sich nicht auseinandersetzen zu wollen" in dem Sinne, daß die Beteiligten die Erbengemeinschaft fortsetzen wollen, ohne an einen Zeitraum gebunden zu sein, in welchem die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen sein soll, ist ein einseitiges, nur das Verfahren betreffendes Rechtsgeschäft und kann für einen Minderjährigen von seinem elterlichen Gewalthaber, der zugleich Miterbe ist, abgegeben werden; § 1795 Ziff. 1 findet keine Anwendung. Ob im einzelnen Falle auf Aufhebung der Erbengemeinschaft zu dringen und deshalb für den Minderjährigen ein Pfleger aufzustellen ist, hat nicht der Nachlaßrichter, sondern der Vormundschaftsrichter nach § 1796 zu entscheiden. Pflegerbestellung

erfordert nur die Möglichkeit des Interessengegensatzes; der Pfleger prüft dann und kann sich mit der Fortsetzung der Erbengemeinschaft einverstanden erklären.

c) LG. Colmar, ZBlFrG. **4** 715: § 181 verbietet das Selbstkontrahieren nicht nur bei widerstreitenden Interessen. Mehrere Mündel können bei der Erbteilung nicht durch einen Vormund vertreten werden, insoweit sie sich als Gegenparteien gegenüberstehen, der eine dem anderen Rechte überträgt, sie nicht nur zusammen ein Recht, z. B. Herauszahlung, erhalten.

Das Vormundschaftsgericht kann dem Vormunde nicht die mehrfache Vertretung gestatten; im Gesetz ist eine Ermächtigung zum Selbstkontrahieren nicht vorgesehen, insbesondere nicht durch § 1775.

2. Court, DJZ. **04** 214, Planck (3), Note 2 zu § 181, Staudinger-Engelmann (2) zu § 1630 Ziff. V 5 α δ: Das „Gestatten" im Sinne der §§ 1795, 181 BGB. kann für den gesetzlichen Vertreter nur durch das Gesetz, nicht durch das Gericht erfolgen. In Eilfällen kann nach v. Blume, Note 4 a. E. zu § 1795, das Gericht dem Vormund auf Grund des § 1846 das Selbstkontrahieren gestatten; vgl. RG. DJZ. **04** 995.

3. Nachprüfung.

Gegen die JDR. **2** zu § 1795 Ziff. 1c mitgeteilte Entscheidung des OLG. Colmar führt LG. Colmar, ZBlFrG. **5** 34, aus, es handele sich in solchem Falle nicht um eine Nachprüfung des Genehmigungsbeschlusses durch den Grundbuchrichter, sondern um die selbständige Prüfung der Eintragungsgrundlagen, wozu auch die ordnungsmäßige Vertretung gehöre, die durch die Genehmigung nicht ersetzt werde.

4. Erfüllungsgeschäfte.

Nach v. Blume, Note 2a zu § 1795, ist Aufrechnung durch einseitige Erklärung Erfüllungsgeschäft, da der Gläubiger ein Recht hat, sich in dieser Form zu befriedigen, deshalb der Vormund nicht ausgeschlossen; a. M. Planck Note 1a zu § 1795.

5. a) Zu JDR. **2** § 1795 Ziff. 5a vgl. OLG. **8** 31 (KG.): Der Testamentsvollstrecker kann an sich die durch Hypothek gesicherte Nachlaßforderung als Eigentümer des belasteten Grundstücks zahlen und Quittung über diese Zahlung ausstellen; diese Quittung ist aber als Zeugnis in eigener Sache nicht beweisend und nicht geeignet, die Unrichtigkeit des Grundbuchs darzutun; es bedarf daher der Löschungsbewilligung des Gläubigers und Zustimmung des Eigentümers, welches Rechtsgeschäfte sind, die nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Vgl. OLG. **8** 278 (KG.).

*Weißler, DNotVZ. **04** 291, hält die Unterscheidung zwischen Gültigkeit und Beweiskraft der Quittung für in hohem Grade anfechtbar: Die gültige Quittung beweist ein Geständnis des Zahlungsempfanges; darin liegt ihre einzige Bedeutung; beweist sie dieses nicht, so ist sie keine gültige Quittung.

b) Gegen die JDR. **2** zu § 1795 Ziff. 5b mitgeteilte Ansicht Brachvogels wendet sich Staudinger-Engelmann (2) Note 2c zu § 1795 und VI 5c zu § 1630, der den gesetzlichen Vertreter von der Kündigung und Einziehung derartiger Forderungen ausschließt.

6. v. Blume, Note 3 zu § 1795, nimmt Nichtigkeit des dem § 1795 zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfts an („Kann nicht" bedeutet Nichtigkeit). A. A. Staudinger-Engelmann (2) Note 4b zu § 1795, Eck, Vorträge II 544 (kann nicht vertreten = Fehlen der Vertretungsmacht; Schwebezustand bis zur Genehmigung), s. JDR. **1** zu § 1795 Ziff 3 u. JDR. **2** zu § 1795 Ziff. 7.

7. Breit, ZBlFrG. **4** 596: § 1795 ist auf den genehmigenden Vormundschaftsrichter nicht anwendbar; §§ 6, 7 FrGG. lediglich maßgebend, deren Nichtbeachtung keine Nichtigkeit bewirkt.

8. Jaeckel, Zwangsversteigerungsgesetz (2) Note IVa zu §§ 6 u. 7: Bei Verhinderung des Vormundes nach § 1795 im Zwangsversteigerungsverfahren eines mit Mündelhypothek belasteten Grundstücks des Vormundes kann das Vollstreckungsgericht selbst einen Zustellungsvertreter bestellen oder die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde anordnen; durch letztere Anordnung wird aber die im § 50 FGG. vorgeschriebene Benachrichtigung nicht ersetzt.

§ 1796. LG. Halle, NaumbAK. **04** 86: Das Vorliegen gegensätzlicher Interessen beeinträchtigt nicht die Vertretungsbefugnis, sondern gibt nur dem Vormundschaftsgericht die Berechtigung zur Entziehung der Vertretungsmacht.

Ebenso v. Blume zu § 1909 Note II 1 c γ: Interessenkollision begründet nicht ohne weiteres einen Pflegschaftsfall nach § 1909; es bedarf vielmehr erst einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts, durch welche die Sorge für die Angelegenheit entzogen wird. S. JDR. **1** u. **2** zu § 1796.

Pitel, ZBlFrG. **5** 243: In den Fällen des § 1796 bestimmt das Gericht frei, ob eine Entziehung eintreten und wie weit sie reichen soll, wobei es jedoch die in Abs. 2 gelegte Schranke (Tatbestandsmerkmal) einzuhalten hat; es ist nicht, wie das KG., KGJ. **21** A 192 ff. u. **24** A 28 ff. will, beim Vorliegen der Erfordernisse des Abs. 2 die Entziehung nach Abs. 1 des § 1796 regelmäßig auszusprechen.

§ 1797. I. Gemeinschaftliches Handeln.

v. Blume Note 2 zu § 1797: Zur Gültigkeit von Rechtsgeschäften ist die Zustimmung sämtlicher Mitvormünder erforderlich, aber nicht Auftreten derselben „als geschlossene Gesamtheit" (Endemann § 218[23]) vorgeschrieben, sondern auch nachträgliche Zustimmung einzelner ohne Vorbehalt derselben ausreichend.

Fuchs, ZBlFrG. **5** 231, hält zwar auch einen Vorbehalt der Genehmigung für entbehrlich, aber doch Vornahme des Rechtsgeschäfts durch einen zugleich im Namen der übrigen Mitvormünder dem Dritten gegenüber mit Ermächtigung oder bei Verträgen mit nachträglicher Genehmigung seitens der übrigen für erforderlich.

II. Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten.

a) v. Blume Note 4 zu § 1797 hält das Gericht für berechtigt, auch eine andere Meinung als die von den Vormündern vertretene aufzustellen und so den Vormündern, die sich nicht einigen können, den richtigen Weg zu weisen. A. A. Staudinger-Engelmann (2) Note 2 b α zu § 1797 und Note 2 zu § 1629; Leonhard bei Eck, Vorträge II 545[2]. S. JDR. **1** zu § 1797 Ziff. 2 und JDR. **2** zu § 1797.

b) v. Blume Note 4 zu § 1797: Bei geteilter Geschäftsführung ist die Entscheidung nur im Falle des § 1798 dem Vormundschaftsgericht überwiesen; in anderen Fällen ist unbefugte Einmischung nötigenfalls im Prozeßweg abzuwehren.

Staudinger-Engelmann (2) Note 4 b β zu § 1797 bemerkt hierzu, es sei nicht ersichtlich, wie dies praktisch durchgeführt werden soll.

III. Geschäftsverteilung.

a) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1797 Note 2 a β, Blume zu § 1797 Ziff. 3: für die Zulässigkeit der Bestellung eines Hauptvormundes zur Oberleitung oder Aufsicht über die anderen Vormünder, deren jeder in seinem Wirkungskreise die Vormundschaft gemeinsam mit dem Hauptvormunde führen soll. A. A. Planck Note 2 zu § 1797. S. JDR. **1** zu § 1797 Ziff. II 2 b.

b) BayObLG. **5** 121, R. **04** 194: Die Verteilung kann so erfolgen, daß ein Vormund die Personensorge ausschließlich erhält, die Vermögensverwaltung aber gemeinschaftlich geführt wird.

§ 1798. v. Blume Note 3 zu § 1798: § 1798 findet keine Anwendung bei Streit über die beiderseitigen Verwaltungskreise, wohl aber, wenn die Meinungsverschiedenheiten zwischen zwei selbständig verwaltenden Vormündern andere Angelegenheiten — als die in § 1798 ausdrücklich genannten — betrifft, die nur durch gemeinschaftliches Handeln erledigt werden können.

§ 1799. Josef, ZBlFrG. **5** 174: Beantragt der Gegenvormund die Entsetzung des Vormundes, läßt aber der Richter nach gepflogenen Ermittelungen die Sache längere Zeit unerledigt, nachdem er in den Akten vermerkt hat, es solle zunächst der Ausgang eines Strafverfahrens abgewartet werden, so liegt eine Verfügung über Aussetzung des Verfahrens vor, gegen die dem Vormunde wie dem Gegenvormunde die materielle Beschwerde zusteht, während sonst, wenn eine solche Verfügung nicht erlassen ist, nur Dienstaufsichtsbeschwerde gegeben ist.

KG., RJA. **4** 74 ff., ZBlFrG. **5** 42, DJZ **04** 365, R. **04** 260, Staudinger-Engelmann (2) zu § 1799 Ziff. 2: Auch bei Verhinderung des Vormundes steht dem Gegenvormunde die Vertretung des Mündels nicht zu.

§ 1800. 1. Erziehung.

a) Durch den Vormund selbst.

v. Blume Note 2a zu § 1800: Der Vormund kann den Mündel in eigene Erziehung und Pflege nehmen, ohne besonderen Vertragsschluß (Ersatz der Aufwendungen nach § 1835); will er den Mündel gegen Entgelt in Pflege nehmen, so ist zum Abschlusse des Vertrags die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich oder ein Pfleger zu bestellen.

Nach Staudinger-Engelmann (2) Note 1b zu § 1800 wird hier Pflegerbestellung nicht zu umgehen sein

b) Durch Unterbringung in eine Anstalt.

Staudinger-Engelmann (2) Note 1c zu § 1800 hält den Vormund für befugt zur Unterbringung des Mündels in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt.

Nach v. Blume, Note 2a zu § 1800, darf der Vormund die im PrFEG. v. 2. 7. 00 vorgesehenen Maßregeln gegen den Mündel ergreifen, die dann aber unter den Begriff der vormundschaftlichen Erziehung, nicht der Zwangserziehung fallen. S. JDR. **1** zu § 1800 I 2 und JDR. **2** zu § 1800.

c) Durch Mutter und Vormund.

Schwiete, R. **04** 526: Im Falle der Bestellung eines anderen Vormundes als der unehelichen Mutter ruhen deren Rechte aus § 1631 BGB. und steht deren Ausübung dem Vormund allein zu. ➵ § 1707 Satz 3 löst diese Frage zweifelsfrei im entgegengesetzten Sinne. — Red. ⇠

2. Herausgabeanspruch des Vormundes.

OLG. Dresden, SächsA. **14** 238: Dem gesetzlichen Rechte des Vormundes gegenüber ist jede Vorenthaltung widerrechtlich, die sich nicht auf ein konkurrierendes gleiches Recht zum Behalten des Kindes gründet. Auch ein Abkommen zwischen Vormund und unehelichem Vater, durch welches diesem die fernere Erziehung und Verpflegung des Kindes unter Verzicht des Vormundes auf Zurücknahme desselben übertragen wird, kann sich der Vater gegenüber der Klage des Vormundes nicht mit Erfolg berufen, da auf das vormundschaftliche Recht aus §§ 1800, 1632 ebensowenig wirksam verzichtet werden kann, wie auf das durch eine sittliche Pflicht begründete Recht zur Fürsorge im allgemeinen; dagegen begründet eine obervormundschaftliche Anordnung gemäß § 1838, die dem unehelichen Vater das Erziehungsrecht überträgt, eine wirksame Einrede.

3. Sonstige persönliche Rechtsangelegenheiten.

BayObLG. **4** 823, SeuffA. **59** 213: Die Verteidigung gegen den Entmündigungsantrag (insbesondere durch Erhebung der Anfechtungsklage) ist eine

die Person des Mündels betreffende Angelegenheit, die dazu erforderliche Gewährung eines Kostenvorschusses betrifft sowohl die Person als das Vermögen des Mündels; daher ist der Mündel nach § 59 Abs. 1 FGG. beschwerdeberechtigt gegen vormundschaftsgerichtliche Entscheidungen betreffs der Gewährung eines Vorschusses, aber auch der Rechtsanwalt, den der insoweit prozeßfähige Mündel beauftragt hat, in eigenem Namen in des Mündels Interesse; s. a. OLG. 8 326 (KG.).

§ 1802. v. Blume Note 1 zu § 1802: Der Vormund hat nur das von ihm verwaltete Vermögen aufzuzeichnen, nicht das von einem Pfleger zu verwaltende, nicht das der Verwaltung des Ehemanns unterliegende Vermögen, nicht das Vermögen, auf welches der Mündel als Nacherbe berufen ist, wohl aber das im Nießbrauch eines anderen stehende Vermögen; s. JDR. **1** zu § 1802 Ziff. 1.

v. Blume Note 2 zu § 1802, spricht sich auch gegen die Übertragbarkeit der Vorschrift des § 1640 Abs. 1 Satz 2 aus und hält Aufnahme der Schulden nicht für notwendig, aber für wünschenswert; s. JDR. **1** zu § 1802 Ziff. 4 und JDR. **2** zu § 1802 Ziff. 3. Gegen die Übertragung der Vorschrift des § 1640 Abs. 1 Satz 2 auch Cosack (4) II 658.

§ 1803. v. Blume Note 4 zu § 1803: Die Anordnung muß bei der Zuwendung und zwar durch letztwillige Verfügung oder bei Zuwendungen unter Lebenden in der Form dieser Zuwendung erfolgen; s. JDR. **1** zu § 1803 Ziff. 1c.

v. Blume Note 6 zu § 1803: Interessegefährdung ist auch im Falle des Abs. 3 Satz 2 Voraussetzung.

§ 1804. v. Blume Note 2 zu § 1804: Dem Zwecke des § 1804 dürfte es entsprechen, den unentgeltlichen Verzicht auf die aus einem bedingten Vertrag entstehende Anwartschaft zu verbieten (a. A. Oertmann Note 1a zu § 517); ebenso ist eine Schuldübernahme, die dem Urschuldner gegenüber unentgeltlich erfolgt, Schenkung.

Entscheidung des OLG. München vom 12. 1. 04 s. bei § 1708 BGB.

§ 1805. v. Blume Note 2 zu § 1805: Vermögen im Sinne des § 1805 ist auch die Arbeitskraft des Mündels, daher deren eigennützige Verwendung dem Vormunde verboten; s. JDR. **1** u. **2** zu § 1805.

§§ 1806 ff. KG., ZBlFrG. **4** 523, OLG. **8** 359, R. **04** 53: §§ 1806 ff. beziehen sich nicht auf Kapitalanlagen, die der Vormund im Mündelvermögen bereits vorfindet, sondern nur auf die, welche er selbst mit flüssigen Geldern bewirkt; mit jenen hat er nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Sorgepflicht zu verfahren, die eine Umwandelung in mündelsichere Anlagen nicht ohne weiteres erheischt, er handelt pflichtwidrig nur, wenn er die Erwägung, wie nach Lage des Falles am besten Nachteilen vorgebeugt werden kann, unterläßt oder nicht sorgfältig vornimmt; s. JDR. **1** zu § 1807 Ziff. 5.

Eck, Vorträge 547, weist darauf hin, daß von „Ausgaben" schlechthin, nicht nur von laufenden Ausgaben die Rede sei, der Vormund deshalb Geld so lange zurücklegen könne, bis es zu der für den Ankauf eines wertvollen Gegenstandes erforderlichen Höhe angewachsen sei, und so von der Anlegungspflicht frei bleiben. Dazu bemerkt Leonhard, daß eine zweckwidrige vorzeitige Zurücklegung zinstragender Gelder dadurch nicht entschuldigt werde; vgl. v. Blume Note 2c zu § 1806: Die Art und Weise des Bereithaltens ist dem pflichtgemäßen Ermessen des Vormundes überlassen.

§ 1807. Die JDR. **1** zu § 1807 Ziff. 2a mitgeteilte Ansicht über den Geltungsbereich landesgesetzlicher Vorschriften über die Beleihungsgrenze teilt auch v. Blume Note 2a zu § 1807 und OLG. Dresden, SächsOLG. **26** 158. Daselbst

wird der nach Art. 73 preuß. AGBGB. in Betracht kommende Unterschied zwischen ländlichen und städtischen Grundstücken dahin erläutert, daß jedes selbständige Acker-, Wiesen- oder Gartengrundstück, dessen Hauptnutzung in Hervorbringung von Naturerzeugnissen besteht, im Gegensatze zu Gebäuden, als ländliches Grundstück gilt, ohne Rücksicht auf die Lage in einer Stadt oder auf dem Lande, und weiter ausgeführt, daß bei einem ländlichen Grundstücke, das sich zur Errichtung von Gebäuden eigne, letztere Eigenschaft für seine Bewertung im Sinne mündelmäßiger Sicherheit nicht in Betracht komme, Abschätzungen desselben als Bauland nicht maßgebend seien.

➳ S. a. Lützeler, Schmollers J. **26** 131: Bei der Schätzung müssen irgendwie fragliche Zukunftswerte nnd Chancen außer Betracht bleibeu, selbst wenn sie den Verkaufswert momentan erheblich steigern; ist der zukünftige Dauerwert höher als der gegenwärtige Verkaufswert, so gilt für die Schätzung der geringere derzeitige Wert, weil es auf ihn bei sofortiger Fälligkeit der Hypothek ankommen würde; a. a. O. 133: Schätzung von Grundstücken für die Beleihung. — Red. ⬸

Gegen die JDR. **1** zu § 1807 Ziff. 2c mitgeteilte Ansicht, die auch Hypotheken an Erbbaurechten zu den mündelsicheren Anlagen nach § 1807 Ziff. 1 rechnet, macht Kretzschmar, ZBlFrG. **3** 447 geltend, es sei hierbei nicht berücksichtigt, daß das Erbbaurecht infolge seiner Eigenschaft als Grundstücksbelastung auch durch eine Zwangsversteigerung des Oberflächengrundstücks erlöschen könne und dann an seine Stelle außer dem Abbruchsmaterial nur der Anspruch auf Ersatz des Wertes (der Befugnis zur Benutzung des Grundstücks als Baugrund, nicht des Gebäudes) aus dem Versteigerungserlöse trete, daß deshalb die Beleihung des Erbbaurechts die größten Gefahren biete, wenn ein Recht vorgehe, aus dem die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben werden könne, und diesen Bedenken Kretzschmars tritt Dennler, BayNotZ. **5** 91 bei (s. a. 152); s. a. JDR. **2** zu § 1807 Ziff. 2.

§ 1808. v. Blume Note 1 zu § 1808: Durch die Anlage gemäß § 1808 wird zwar die Vorschrift des § 1806 erfüllt, doch muß nach Fortfall der die Anlegung nach § 1807 hindernden Umstände tunlichst bald die regelmäßige Anlegung vorgenommen werden: a. A. Planck Note 1 zu § 1808 (nur wenn andere Zweckmäßigkeitsgründe für die Umwandelung sprechen, z. B. höherer Zinsertrag).

§ 1809. 1. Erfordernis des Sperrvermerks.

v. Blume Note 7 zu § 1809: Für gemeinschaftlich handelnde Mitvormünder gilt § 1809 nicht, da dieser nur eine Einschränkung der durch § 1813 gegenüber § 1812 gemachten Ausnahmen bezweckt, § 1812 aber jene Mitvormünder nicht an eine Genehmigung bindet; jedenfalls könnte die von den Mitvormündern in den Anlegungsvertrag aufgenommene Genehmigungsklausel nur vertragsmäßige Wirkung, keine Einschränkung der gesetzlichen Vertretungsmacht gemäß § 1812 zur Folge haben.

2. Wirkung.

Gegen die JDR. **2** zu § 1809 Ziff. 1 mitgeteilte Ansicht Huthers führt v. Blume Note 3 zu § 1812 aus, daß im Falle des § 1809 die Anlegungsstelle durch die Zurückzahlung des Geldes an den Vormund ohne Genehmigung des Gegenvormundes dem Mündel gegenüber nicht befreit werde, insbesondere § 137 unanwendbar sei, da die „Befugnis zur Verfügung" nicht die Vertretungsbefugnis umfasse, eine „Befugnis" zur selbständigen Erhebung dauernd angelegter Mündelgelder dem Vormunde, der gemäß § 1809 zu verfahren verpflichtet sei, auch gar nicht zustehe.

3. Aufhebung.

a) v. Blume Note 3 zu § 1890: Den Sperrvermerk nach § 1809 (1815, 1816) mit Hilfe des Vormundschaftsgerichts zu beseitigen, ist nach beendeter Vormundschaft Sache des Mündels. S. JDR. 1 zu § 1809 Ziff. 3.

b) KG., R. **04** 22: Das Gericht, das vor 1. 1. 00 ein Sparkassenbuch außer Kurs gesetzt hat, ist auch dann noch für die Aufhebung des Sperrvermerks zuständig, wenn mit 1. 1. 00 die Mutter die elterliche Gewalt erlangt hat, und in einen anderen Ort verzogen ist; denn die Aufhebung hätte am 1. 1. 00 erfolgen müssen, die Handlung steht mit der Vormundschaft im engsten Zusammenhange.

§ 1810. v. Blume Note 2 zu § 1810: Keine allgemeine Ermächtigung, § 1825 ist nicht entsprechend anwendbar; allgemeine Ermächtigung würde dem Zwecke des § 1810 widerstreiten.

v. Blume Note 3 zu § 1832: Vormund und Gegenvormund handeln pflichtwidrig, wenn nach Verweigerung der Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichts ersterer die Genehmigung des Gegenvormundes nachsuchte, dieser sie erteilte.

§ 1811. v. Blume Note 1 zu § 1811: Da § 1811 sich als Ausnahme von den §§ 1807, 1808 gibt, betrifft er nur die verzinsliche Anlegung des § 1806 und will eine solche Anlegung in anderen Werten ermöglichen, z. B. Nachzahlung auf ererbte Aktien zur Verlustabwendung. ➵ Im Widerspruche mit diesem Beispiele betrachtet v. Blume Note 4 zu § 1806 Anlegung in Aktien nicht als verzinsliche Anlegung. — Red. ⇠

§ 1812. 1. Genehmigungsbedürftige Rechtsakte.

a) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 38, OLG. 8 367: Kündigung ist genehmigungsbedürftige Verfügung. S. JDR. 1 zu § 1812 Ziff. 1a.

b) v. Blume Note 2b zu § 1812: Wie die Verfügung über ein Wertpapier, ist auch die Übertragung des Besitzes zu behandeln, da sonst § 1812 illusorisch gemacht werden könnte.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 246: In einer Vorverlegung der Zinstermine, die einer Stundung gleichkommt, liegt eine Verfügung, wenn nicht über die Haupt-, so doch jedenfalls über die Zinsforderung, und zwar nicht eine unter § 1813⁴ fallende Verfügung, daher Genehmigung erforderlich, wenn auch der Vormund bei der Anlegung des Geldes die Zinstermine selbständig vereinbaren kann.

2. Gegenstände genehmigungsbedürftiger Rechtsakte.

v. Blume Note 2a zu § 1812: Auch Gemeinschafts- und Gesellschaftsrechte sind Forderungen, kraft deren eine Leistung verlangt werden kann; die Aufhebung der Gemeinschaft des Rechtes an einer Sache ist aber als Verfügung über die Sache zu behandeln.

Auch der Herausgabeanspruch ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung verlangt werden kann; die Vindikationszession (§ 931) im Gegensatze zu der Veräußerung nach §§ 929, 930 also genehmigungsbedürftig.

A. A. Planck Note 1 zu § 1812: Verfügung über dingliche Ansprüche auf bewegliche Sachen ist nicht genehmigungsbedürftig.

§ 1813. I. Annahme der Leistung und gleichstehende Akte.

v. Blume Note 4 zu § 1813: Unter denselben Voraussetzungen, wie die Annahme der Leistung, ist auch die Kündigung, die nicht zur Beendigung des Schuldverhältnisses, sondern nur zur Festsetzung des Leistungstermins dient, z. B. Hypothek von 300 Mark, genehmigungsfrei; ebenso die Wahl bei der Wahlschuld.

II. Die einzelnen Fälle.

Ziff. 1. v. Blume Note 2a zu § 1813: Die Annahme von Leistungen, die nicht in der Übertragung eines Rechtes auf den Gläubiger bestehen, ist dem Sinne des § 1813 Ziff. 1 nach stets genehmigungsfrei.

Ziff. 2 u. 3. Cosack (4) II 659: In den Fällen des § 1813 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 kann zwischen Vormund und Schuldner die Genehmigung des Gegenvormundes oder Gerichts vertragsmäßig zur Bedingung gültiger Rückzahlung gemacht werden.

Ziff. 4. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 246: Wenn der Vormund nach § 1813 Ziff. 4 auch zur Annahme von Zinszahlungen vor der Fälligkeit für befugt erachtet wird, so folgt daraus doch nicht die Befugnis zur Annahme von Zahlungen, die unter der Bedingung des Abzugs von Zwischenzins angeboten werden; der Vormund ist zu der einen Verzicht auf die Mehrforderung enthaltenden Annahme nicht befugt.

Ziff. 5. Eck, Vorträge 552: Auch eine Konventionalstrafe von 10000 M. ist Nebenleistung, die nicht gleichbedeutend ist mit einer quantitativ unbedeutenden Summe. S. JDR. **1** zu § 1813 Ziff. 3.

v. Blume Ziff. 2e zu § 1813: Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist keine Nebenleistung, wohl aber Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung.

§ 1814. v. Blume Note 2a zu § 1814: Zum Mündelvermögen gehören die Inhaberpapiere, an denen der Mündel ein zum Besitze berechtigendes Recht hat: Eigentum, Pfandrecht. Die im Nießbrauch des Mündels befindlichen Papiere sind gemäß § 1082 für den Mündel und den Eigentümer zu hinterlegen (Verfügung nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts und des Eigentümers). S. JDR. **1** zu § 1814 Ziff. 2.

§ 1819. KG., PosMschr. **04** 142: Die Genehmigung zur Herausgabe eines hinterlegten Wertpapiers enthält nicht die Genehmigung des Rechtsgeschäfts, für welches der Vormund das Wertpapier zu verwenden gedenkt; der Verwendungszweck wird im allgemeinen nur hinsichtlich der Pflichtmäßigkeit des Handelns und etwaiger Vermögensgefährdung geprüft, um gegebenenfalls nach §§ 1837, 1844 einzuschreiten.

§ 1821. I. Die Genehmigung im allgemeinen.

1. Die Genehmigung als Amtshandlung.

Breit, ZBlFrG. **4** 569, 570*: Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist obrigkeitlicher Akt, nicht dagegen die des Gegenvormundes. S. OLG. Dresden, SeuffA. **59** 171 i. m.

v. Blume, N. 1 zu § 1832, hält auch die letztere für eine Anordnung, die kraft öffentlich-rechtlicher Gewalt erfolgt (s. N. 1 zu § 1828).

2. Form.

Breit, ZBlFrG. **4** 480: Keine Schriftform notwendig.

v. Blume, N. 3b zu § 1828: Die Form der Genehmigungserklärung als einer mit der Bekanntmachung an den Vormund wirksam werdenden Verfügung ergibt sich nicht aus dem BGB., sondern aus FrGG. §§ 16, 55. Stillschweigende Genehmigung ist unzulässig.

BayObLG. **5** 450, R. **04** 553: Besondere Form für die Genehmigung, insbesondere schriftlicher Beschluß mit Gründen nicht erforderlich; doch enthält eine Empfehlung der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch den Richter nicht notwendig die Genehmigung, kann vielmehr den Sinn haben, daß die Genehmigung nur in Aussicht gestellt wird; eine in diesem Sinne erteilte Zustimmung ergänzt nicht die Vertretungsmacht des Vormundes.

3. Antragserfordernis.

Breit, ZBlFrG. **4** 474 ff.: Die Genehmigung ist keine Verfügung, die nur auf Antrag erlassen werden kann, im Sinne der §§ 18 Abs. 1, 20 Abs. 2 FrGG., sie soll aber nur auf Antrag des Vormundes (oder Mündels?) erfolgen (wenn dies auch nicht wie im Falle des § 56 FrGG. ausdrücklich bestimmt ist), da es nicht Sache des Gerichts ist, Genehmigungen ohne begründete

Aussicht, daß davon Gebrauch gemacht wird, zu erteilen. Der Dritte ist nicht antragsberechtigt, das Gericht ist weder berechtigt noch verpflichtet, auf seinen bloßen Antrag in eine causae cognitio einzutreten.

4. **Prüfungspflicht des Gerichts.**

a) **Josef**, BadNotZ. 2 150: Das Vormundschaftsgericht hat bei der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts, insbesondere einer Erbteilung. zu prüfen, ob die Interessen des Kindes gewahrt sind, und sie daher nur zu erteilen, wenn dem Kinde mindestens diejenigen Rechte zugewiesen sind, die ihm nach den gesetzlichen Vorschriften zustehen; die zu berücksichtigenden gesetzlichen Vorschriften sind aber nur diejenigen des Bundesstaates, dem das Vormundschaftsgericht angehört, weshalb die Genehmigung nicht lediglich aus dem Grunde verweigert werden darf, weil bei Vornahme vor der Behörde eines anderen Staates eine dem Kinde günstigere Rechtslage sich ergeben hätte (J. erörtert dies im Anschluß an einen Fall, in dem nach den Kollisionsnormen des früheren badischen Rechtes wegen der preußischen Staatsangehörigkeit des Ehemanns trotz dem Ehewohnsitz in Baden preußisches Ehegüterrecht galt, während die preußischen Kollisionsnormen auf das Recht des Ehedomizils verwiesen).

b) **Josef**, ZBlFrG. **4** 829: Hat das Beschwerdegericht zwar die Angemessenheit und Nützlichkeit des Rechtsgeschäfts festgestellt, dasselbe aber für nicht genehmigungsbedürftig erachtet, und deshalb die Genehmigung abgelehnt, so hat das Gericht der weiteren Beschwerde, das die Genehmigung für notwendig hält, diese selbst (ohne Zurückverweisung) zu erteilen; a. a. O. 832: anders, wenn jene Feststellung nicht getroffen ist. A. a. O. 833: Das Gericht der weiteren Beschwerde kann aber Ermittelungen zwecks Feststellung solcher Tatsachen, aus denen sich eine Verletzung von Verfahrensvorschriften ergibt, anstellen, z. B. über die Mitteilung der Entscheidung über die Genehmigung an den Vertragsgegner zur Feststellung, ob §§ 62, 55 FrGG. verletzt ist.

5. **Zurücknahme der Verfügung.**

Breit, ZBlFrG. **4** 570: Die vorher erteilte Genehmigung kann auch nach Mitteilung an den Gegner bis zur Vornahme des Geschäfts zurückgenommen werden (Folge aus § 18 FrGG.).

6. **Bedeutung und Anwendungsgebiet im allgemeinen.**

a) LG. Graudenz, PosMschr. **04** 41: Die obervormundschaftliche Genehmigung ist kein Ersatz für die fehlende Willenserklärung eines zu bestellenden Pflegers.

b) KGJ. **27** A 172, ZBlFrG. **5** 119 (KG.): Der Bevollmächtigte bedarf der Genehmigung zu Rechtsgeschäften in gleichem Umfange wie der Vormund selbst, der auf jenen nicht mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat; s. JDR. **1** zu § 1821 I Ziff. 10.

c) KG., PosMschr. **04** 142: Genehmigung nur in den gesetzlichen Fällen; im übrigen hat der Vormund selbständig zu entscheiden und kann die Verantwortung nicht auf das Gericht übertragen.

7. **Anfechtung** des genehmigten Rechtsgeschäfts wegen Irrtums des genehmigenden Richters hält für zulässig **Breit**, ZBlFrG. **4** 595, da die Genehmigung zum Bestandteil des Geschäfts werde und mit der Genehmigungserklärung des gesetzlichen Vertreters (zu dem vom Mündel selbst geschlossenen Geschäft) tatsächlich gleichartig sei; s. JDR. **1** zu § 1821 I Ziff. 9 und dazu ZBlFrG. **4** 596**).

v. **Blume**, N. 7 zu § 1828 u. N. 7 zu § 1829: Eine Anfechtung der Genehmigung wegen Irrtums des Richters verbietet sich bei ihrer Rechtsnatur als obrigkeitliche Anordnung von selbst; § 46 pr. VO. ist in das BGB. nicht übergegangen. Dagegen ist die Mitteilung (§ 1829) nach allgemeinen Grundsätzen

anfechtbar, womit die Berücksichtigung eines Irrtums des Richters in die Hände des Vormundes der beiderseitigen Aufgabe entsprechend gelegt wird.

8. Folge fehlender Genehmigung.

*Brettner, R. **04** 626, führt aus, daß, wenn der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen unter Vorbehalt der erforderlichen obervormundschaftlichen Genehmigung einen Vertrag schließt, die Gegenleistung vom Vertragsgenossen in Empfang nimmt und für sich verbraucht, demnächst aber die Genehmigung versagt wird, für das Empfangene das Mündelvermögen nicht hafte, auch dann nicht, falls es vom gesetzlichen Vertreter nicht beigetrieben werden kann.

II. Die Fälle des § 1821.

1. Genehmigungsbedürftige Verfügung.

a) v. Blume, N. 8 zu § 1821 teilt die JDR. **1** zu § 1821 II 1b mitgeteilte Ansicht Kretzschmars; s. JDR. **2** zu § 1821 II 1.

b) Besitzübertragung.

α. *Seligsohn, Der Begriff der privatrechtlichen Verfügungen unter Lebenden 47 ff.: Die Einräumung des Besitzes ist keine rechtliche Verfügung, sondern lediglich eine tatsächliche Einwirkung auf eine Sache. Der Vertrag, durch den sich der Vormund zur Übertragung des Besitzes an einem Grundstücke verpflichtet, ist somit nicht genehmigungsbedürftig.

β. v. Blume, N. 4 a. E. zu § 1821: Übertragung des Besitzes ist keine Verfügung über das Grundstück; sonst wäre jede Verpachtung genehmigungsbedürftig und § 1822 Ziff. 4 u. 5 überflüssig; s. JDR. **2** zu § 1821 II 3b.

c) Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung.

α. *Seligsohn, Begriff der privatrechtlichen Verfügungen unter Lebenden, 55—56: Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung enthält keine wesentliche Rechtsänderung, ist daher keine Verfügung.

β. v. Blume, N. 4 zu § 1821: Über die Belastung fällt jede Verstärkung des Rechtes an einem Grundstücke, daher ist auch die Unterwerfung der Eigentümer unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus der Hypothek genehmigungsbedürftig; s. JDR. **1** zu § 1821 II 2c und JDR. **2** zu § 1821 II 4.

γ. LG. Mülhausen, ElsLothNotZ. **24** 310: Die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung hinsichtlich einer Hypothek enthält als Rechtsänderung hinsichtlich der Beitreibbarkeit eine Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 1821 Ziff. 1; s. JDR. **1** zu § 1821 II 2c und **2** zu § 1821 II 4.

d) LG. Stettin, PosMschr. **04** 55: Die Ausschließung des Kündigungsrechts für die minderjährigen Hypothekenschuldner auf eine bestimmte Zeit ist als eine Beschränkung des Verfügungsrechts über das Grundstück gemäß § 1821[1] genehmigungsbedürftig. Ebenso v. Blume N. 4 zu § 1821, s. JDR. **1** zu § 1821 II 2b.

2. Hypothekbestellung.

v. Blume Note 4 zu § 1821: Wenn auch die Bestellung einer Briefhypothek unter der Deckform einer Übertragung der Eigentümerhypothek (§ 1163 Abs. 2) erfolgt, so sind Eintragung und Übergabe des Briefes doch nur zwei Teile des einen Bestellungsakts und daher beide notwendig von der obervormundschaftlichen Genehmigung umfaßt. Die Eintragung einer Eigentümergrundschuld ist auch bereits eine der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürftige Verfügung über das Grundstück, indem infolge der Eintragung der Eigentümer statt eines unbeschränkten ein beschränktes Grundstückseigentum zuzüglich eines beweglichen Rechtes hat; die Abtretung des letzteren fällt dann unter § 1812, wie die Abtretung der Hypothek, die der Eigentümer von dem Gläubiger erworben hat.

3. Verfügung, auf die ein Dritter ein Recht hat.

Breit, ZBlFrG. **4** 597, Blume Note 1 zu § 1821: Auch wenn der

Dritte ein Recht auf den Erwerb hat, ist die Genehmigung des Vormundschaftsrichters, der aber auf die Prüfung der Verpflichtung des Mündels beschränkt ist, erforderlich; nur bei Verurteilung des Mündels tritt die Fiktion des § 894 ZPO. ein, ohne daß obervormundschaftliche Genehmigung nötig wäre. S. JDR. **1** zu § 1821 II 1 d u. JDR. **2** zu § 1821 I 3.

4. Zusammenlegungsverfahren.

*Spieß, ZBlFrG. **4** 816 ff.: Wie die Gemeinheitsteilung, so ist auch die Grundstückszusammenlegung (in Preußen), bei der es sich nach wirtschaftlichen Begriffen um Veräußerung und Erwerb von Grund und Boden handelt, nicht um bloße Verwaltungshandlungen des Vormundes, der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürftig und zwar: die Provokation auf Zusammenlegung (wie der Antrag auf Gemeinheitsteilung) und die zustimmende Erklärung bei der Abstimmung der Grundeigentümer, soweit es auf diese zur Bildung der gesetzlichen Mindestzahl ankommt, vor allem aber der Auseinandersetzungsplan mit den ihm zugrunde liegenden Verhandlungen, da die Planausführung den Eigentumsübergang zur Folge hat, daneben der Rezeß nur, soweit er über den Auseinandersetzungsplan hinausgeht oder von ihm abweicht. Zur Genehmigung der Provokation und der zustimmenden Erklärung bei der Abstimmung der Grundeigentümer ist das Vormundschaftsgericht zuständig, in betreff des Auseinandersetzungsplans und Rezesses hält aber Spieß (wenn schon zweifelnd) die Generalkommission für die ausnahmsweise zuständige Behörde, die sonst auch in der Lage wäre, die mangelnde Zustimmung des ordentlichen Vormundschaftsgerichts im Wege des Erkenntnisses zu ersetzen.

5. Zwangsversteigerung.

Jaeckel, ZVG. (2) Note 2 zu § 29: Zur Zurücknahme des Zwangsversteigerungsantrags bedarf der Vormund weder der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts noch der des Gegenvormundes.

6. Verfügung über Nachlaßgegenstände.

KGJ. **27** A 171, ZBlFrG. **5** 117, SchlHolstAnz. **04** 188 (KG.): Die nach § 1821 erforderliche Genehmigung erübrigt sich nicht dadurch, daß der Gegenstand, über den der Vormund verfügt, zu einem ungeteilten Nachlasse gehört, bei dem der Mündel Miterbe und deshalb zu einem, allerdings nicht quotitativ bestimmten Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen berechtigt ist.

7. Ziff. 4.

v. Blume Note 7 zu § 1821: Schenkung unter einer Auflage fällt nur dann unter § 1821 Ziff. 4, wenn sich unter der Auflage eine Gegenleistung verbirgt (➾ Druckfehler: „unentgeltlicher" statt entgeltlicher Erwerb. — Red. ⇽).

Planck Note 2 a. E. zu § 1821 wendet § 1821 Ziff. 4 auf Schenkungen mit Auflage entsprechend an.

8. Auslegung der Genehmigungsverfügung.

v. Blume Note 5 zu § 1821: Die Genehmigung zur Eingehung einer Verpflichtung (Verkauf) enthält die Genehmigung zur Erfüllung (Auflassung). S. JDR. **1** zu § 1821 II 3 und JDR. **2** zu § 1821 II 5.

§ 1822. Ziff. 2. Natter, WürttZ. **46** 193 ff., 225 ff.: Erbteilungsvertrag ist jeder Vertrag, der die Erbteilung, Auseinandersetzung betrifft, sei es positiv durch Herbeiführung der Auseinandersetzung, sei es in negativer Richtung durch Vereinbarung des Aufschubs der Erbteilung. Deshalb bedarf die Vereinbarung des Aufschubs der in Württemberg früher sog. Eventualteilung (zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen) beim Vorhandensein minderjähriger Kinder der obervormundschaftlichen Genehmigung. Nur so hat das Vormundschaftsgericht eine Einwirkung, durch Versagung seiner Genehmigung die Auseinandersetzung durch Vermittelung

des Nachlaßgerichts nach Art. 82 WürttAGBGB. herbeizuführen, während ihm eine unmittelbare Einwirkung auf den Pfleger, der zum Zwecke der Erbteilung bestellt ist, nur bei Pflichtwidrigkeit zusteht.

Wird in dem Vertrag über Aufschub der Erbteilung zugleich bestimmt, daß die Grundlage der demnächstigen Teilung der alsdann vorhandene Vermögensstand bilden solle, als ob die landrechtliche Errungenschaftsgesellschaft während des Teilungsaufschubs fortbestanden habe, so nehmen die Kinder zwar zur Hälfte an dem Erwerbe teil, aber zur Hälfte nehmen sie auch an den Schulden teil; deshalb ist diese Vereinbarung auch nach § 1822 Ziff. 10 genehmigungsbedürftig.

A. A. v. Dambach, WürttZ. **46** 326 ff.: Der Aufschub der Erbteilung bedarf keiner obervormundschaftlichen Genehmigung, da er keine Auseinandersetzung bezweckt, sondern nur den Aufschub derselben in stets widerruflicher Weise, weshalb auch die Pflegschaft bis zum Vollzuge der Auseinandersetzung bestehen bleibt, damit der Antrag jederzeit gestellt werden kann; die Kontrolle der Vermögensverwaltung des überlebenden Elternteils durch den Pfleger erscheint dabei als etwas Selbstverständliches. S. oben zu § 1795 Ziff. 1 b (Oelhafen).

Ziff. 3. Erwerbsgeschäft.

a) v. Blume zu § 1822 II 3: Es kommt nicht auf den Betrieb des Erwerbsgeschäfts durch den Mündel, sondern nur auf die Anlegung des Geldes in einem Erwerbsgeschäfte an; daher auch Beteiligung mit einer Einlage als Kommanditist, Aktionär, stiller Gesellschafter genehmigungsbedürftig. S. IDR. **1** zu § 1822 III 2 u. IDR. **2** zu § 1822 Ziff. 3.

b) OLG. Kassel, R. **04** 632: Als entgeltlicher Erwerb eines Erwerbsgeschäfts ist der Vertrag anzusehen, durch den für das Kind ein Milchgeschäft, bestehend aus Pferd, Wagen, Milchkannen, Kundschaft, erworben wird, obwohl keine Ausstände oder Verpflichtungen, keine Betriebsstätte und Bezugsquellen übertragen werden; es gehört jedes Erwerbsgeschäft hierher, in dem ein Geschäftsverkehr demnächst stattfindet, in dem dauernd obligatorische Verbindlichkeiten des Mündels begründet werden.

Ziff. 5. v. Blume Note 5 zu § 1822: Auch Teilzahlungen bei einem Abzahlungsgeschäfte sind wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 1822 Ziff. 5. S. IDR. **1** zu § 1822 V 1.

Ziff. 6. Lehrvertrag.

KGJ. **28** A 179 ff. (KG.): Da dem Kommunalverbande nach dem PrFEG. die Ausführung der Fürsorgeerziehung völlig selbständig und ohne jede Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, Vaters oder Vormundes obliegt, die Unterbringung des schulentlassenen Zöglings in einer Familie aber regelmäßig durch Begründung eines Lehr-, Dienst- oder Arbeitsverhältnisses erfolgt, so muß dem Kommunalverband auch das Recht zustehen, selbständig solche Verträge im Namen des Zöglings zu schließen und diesen zu bestimmten persönlichen Leistungen zu verpflichten, insbesondere einen Lehrvertrag nach § 126 b Abs. 2 GewO. als gesetzlicher Vertreter im Sinne dieser Vorschrift zu unterschreiben, und zwar nicht nur mit zeitlicher Beschränkung der Wirksamkeit des Lehrvertrags auf die Dauer der Fürsorgeerziehung oder der Minderjährigkeit, sondern für die ganze den Vorschriften der § 130 a Abs. 1 u. 2 entsprechende Vertragsdauer; zu einem solchen Vertrage ist aber auch nicht die obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich, da § 1822 Ziff. 6 zunächst nur auf den Vormund, der nicht ohne weiteres die Gewähr bietet, daß er die Auswahl des Lehrherrn mit der nötigen Sorgfalt und Umsicht trifft, anwendbar ist, nicht einmal auf den Vater, für dessen Anwendung auf den Kommunalverband daher der gesetzgeberische Grund fehlen würde. S. IDR. **1** zu § 1822 VI u. IDR. **2** zu § 1822 Ziff. 6a.

Ziff. 8. Aufnahme von Geld.

Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld, wodurch Zahlung und Rückzahlung erspart werden soll, hält für genehmigungsbedürftig v. Blume II 8 zu § 1822; s. IDR. **1** zu § 1822 VIII 3 und Planck zu § 1822 II 8.

Ziff. 10. Schuldübernahme.

a) v. Blume Note 10 zu § 1822: Es gehört die Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses auch dann hierher, wenn der Mündel materiell beteiligt ist, da auch hier die Gesamtschuld für ihn zu einem Teile eine materiell fremde ist.

b) v. Blume Note 10 zu § 1822: Genehmigung ist nicht erforderlich zu Rechtsgeschäften, an die sich die Haftung für fremde Verbindlichkeiten als ungewollte Rechtsfolge anknüpft. Erbschaftsannahme, Erbschaftskauf, der jedoch meist durch § 1821[4] getroffen wird. A. A. hinsichtlich des Erbschaftskaufs Planck II Note 10 zu § 1822 (s. IDR. **1** zu § 1822 X 4); den Erbschaftserwerb hält auch Planck nicht für genehmigungsbedürftig, da die Schuldenhaftung ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Vormundes eintritt.

Ziff. 11. Prokura.

a) Court, DIZ. **04** 212 ff., spricht sich gegen die von Lehmann-Ring, HGB. I zu § 1 Note 18 (auch von v. Blume Note 3 b zu § 1793) angenommene Zulässigkeit der Bestellung des Vormundes als Prokuristen im Mündelgeschäft aus, da der Vormund sich nicht selbst bestellen könnte (§§ 1795, 181), das Vormundschaftsgericht dem Vormund überdies durch Bestellung zum Prokuristen mehr Rechte übertragen würde, als das Gesetz zuläßt (z. B. kann der Prokurist unbegrenzt Vergleiche abschließen, während der Vormund hierzu nach §§ 1825, 1822[12] der Genehmigung bedarf). ➼ Vgl. zu letzterem IDR. **1** zu § 1822 XI. — Red. ⟵ Dagegen Marcus, DIZ. **04** 354: Dem Vormund kann durch einen hierzu bestellten Pfleger mit obervormundschaftlicher Genehmigung Prokura erteilt werden (§ 48 HGB.). v. Blume, Note 4 a. E. zu § 1795, hält Pflegerbestellung jedenfalls in Eilfällen nicht für erforderlich.

b) v. Blume, Note 11 zu § 1822 (Note 3 a. E. zu § 1793): Durch Prokuraerteilung bestellt der Vormund einen Vertreter, dessen Macht über die eigene hinausgeht, nach § 49 HGB.; die Befugnis zur Erteilung beruht auf § 48 HGB. Obervormundschaftlicher Genehmigung bedarf auch die Erteilung der Handlungsvollmacht nach § 54 HGB., da sonst der Bevollmächtigte nur innerhalb der Vertretungsmacht des Vormundes handeln könnte; s. zu § 1793.

Ziff. 12. a) Zwangsvergleich.

Für Genehmigungsbedürftigkeit des Zwangsvergleichs spricht sich Voß, BuschsZ. **33** 422, gegen Fitting, Konkursrecht (3) 425, aus, indem er betont, daß dieselbe ihren besonderen Zweck erfüllen neben dem Bestätigungsbeschlusse, dem nicht sowohl eine fürsorgliche als eine rechtspolizeiliche Bedeutung zukomme; s. IDR. **1** zu § 1822 XII 2 und IDR. **2** zu § 1822 Ziff. 12.

b) Prozeßvergleich.

RG. 56 333, IW. **04** 117: Der Prozeßvergleich bedarf obervormundschaftlicher Genehmigung, da er höchstens von seiner äußeren Gestalt aus betrachtet eine Prozeßhandlung (§ 54 ZPO.), seinem inneren Kern nach aber ein privatrechtlicher, durch die Form in dieser seiner Eigenschaft nicht veränderter Dispositionsakt ist; es muß auch angenommen werden, daß der Gesetzgeber, auch im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung, die Vorschriften des BGB. (§§ 1822[12], 1714), welche nicht die Fälle eines Abschlusses vor dem Prozeßgericht und außerhalb des Prozesses unterscheiden, als mit § 54 ZPO. vereinbar betrachtet und seinerseits den Vergleich unter die Prozeßhandlungen nicht einbegriffen hat; s. IDR. **1** zu § 1822 XII 3.

Die IDR. **2** zu § 1822 Ziff. 12 a. E. mitgeteilte Entscheidung des OLG. Dresden findet sich auch SeuffA. **59** 170.

c) v. Blume Note 12 zu § 1822: Vergleiche bei Gemeinheitsteilungen (Art. 113 EG.) fallen unter § 1822, sind übrigens schon nach § 1821 genehmigungsbedürftig.

Ziff. 13. Aufgeben einer Sicherheit.

a) Drewes, KGBl. **03** 24, führt gegen KGJ. **24** A 219 aus, daß der Vormund zur Bewilligung der Löschung einer Mündelhypothek vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nicht bedürfe, wenn die Forderung inhalts der Quittung gezahlt ist, da § 1822 Ziff. 13 sich nur auf den Fall beziehe, daß die Sicherheit (durch Verzicht nach § 1168) aufgehoben oder (durch Vorrangseinräumung oder Haftentlassung eines Trennstücks) gemindert wird, nicht aber auf den Fall des Erlöschens der Forderung mit der Hypothek. Die gleiche Ansicht vertritt entgegen der nur gelegentlichen Stellungnahme im KGJ. **24** A 219 das KG. in KGJ. **27** A 171, ZBlFrG. **5** 117, SchlHolstAnz. **04** 188: Der § 1822[13] findet nur auf solche Rechtsgeschäfte Anwendung, die lediglich auf Aufhebung oder Minderung einer Sicherheit gehen, während die Forderung selbst unberührt bleibt; Löschungsbewilligung bei früherer oder gleichzeitiger Tilgung unterliegt nur der Vorschrift des § 1812. Ebenso OLG. **8** 359 (KG.); s. auch Bauer, BadNotZ. **2** 60: Nach erfolgter Zahlung ist die Löschungsbewilligung kein Geschäft, durch welches eine Sicherheit für eine Mündelforderung aufgehoben wird; die Forderung ist aufgehoben, die Hypothek steht nicht mehr den Mündeln zu. ➵ Die wesentliche Frage aber, wie die rechtsgültig erfolgte Zahlung in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen ist, wird an dieser Stelle nicht klar beantwortet: Die löschungsfähige Quittung kann vom Vormund allein nur im Falle des § 1813 Ziff. 2 erteilt werden, sonst bedarf er der in beglaubigter Form vorzulegenden Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts (die Bescheinigung, der Löschung stehe nichts im Wege, genügt nicht). — Red. ⇠

b) LG. Graudenz, PosMschr. **04** 89: Quittung und Löschungsbewilligung des Vormundes in Erwartung künftiger Zahlung ist Aufhebung der Sicherheit nach § 1822 Ziff. 13.

§ 1825. v. Blume, Note 1, 2 zu § 1825 und Note 2 zu § 1828: Grundsätzlich ist die Genehmigung speziell zu erteilen, und es muß bei vorheriger Erteilung der gesamte Inhalt der zu genehmigenden Willenserklärungen bezeichnet werden, so daß eine bei der Genehmigung nicht vorgesehene Erklärung auch nicht als genehmigt gilt; eine über § 1825 hinaus erteilte allgemeine Ermächtigung ist wirkungslos; s. IDR. **1** zu § 1825.

Pfäfflin, Gruchots Beitr. **48** 18: Auch die Rechtshandlungen, zu deren Vornahme dem gesetzlichen Vertreter eine allgemeine Ermächtigung erteilt werden kann, fallen unter die durch § 112 Abs. 1 Satz 2 genannten Geschäfte; auf sie kann sich daher auch nicht die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen erstrecken; s. IDR. **1** zu § 1825 und zu § 112 Ziff. 7.

§ 1826. KGJ. **27** A 11, DJZ. **04** 365, ZBlFrG. **5** 41, R. **04** 260 (KG.): Der gemäß § 1826 gehörte Gegenvormund hat kein Beschwerderecht, wenn das Gericht bei der Entscheidung über die Genehmigung die von jenem erhobenen Bedenken unberücksichtigt gelassen hat; sein Recht aus § 1826 ist mit der Anhörung erschöpft, die Entscheidung beeinträchtigt kein Recht des Gegenvormundes.

Vgl. Josef, DNotVZ. **04** 256: Hat der Gegenvormund die Versagung der Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte des Vormundes beantragt, so hat er doch kein Beschwerderecht gegen den Genehmigungsbeschluß; a. M. LG. Köln, ZBlFrG. 2 191, welches sowohl aus dem Aufsichtsrecht (§ 1799) als aus der

Zurückweisung seines Antrags die Beschwerdeberechtigung des Gegenvormundes herleitet.

§ 1827. 1. Josef, DNotVZ. **04** 382: § 1827 setzt voraus, daß der Antrag von dem Vormund gestellt ist, dem Mündel also ein selbständiges Antragsrecht nicht zusteht.

2. *Schultheis, ZBlFrG. **5** 365**: Ist im Falle des § 1827 Abs. 2 die Anhörung des Mündels untunlich, so beseitigt dieser Umstand doch noch nicht das Beschwerderecht des Mündels nach § 59 Abs. 1 Satz 2 FrGG.

3. v. Blume Note 4 zu § 1827 folgert aus § 59 FrGG., daß die im § 1827 bezeichneten Genehmigungsverfügungen dem Mündel mitzuteilen sind (FrGG. § 16). Ebenso Planck Note 3 zu § 1827.

§ 1828. I. Erklärung der Genehmigung.

Breit, ZBlFrG. **4** 481 ff. (s. a. auch 598*): Sowohl die Genehmigung als die Verweigerung derselben kann nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden, es genügt aber formlose Mitteilung sowohl dem anwesenden wie dem abwesenden Vormunde gegenüber, die Bekanntmachung kann sowohl durch das Vormundschaftsgericht als durch ein (wenn auch nur stillschweigend) ersuchtes Gericht erfolgen.

II. Beschwerderecht

1. des gesetzlichen Vertreters.

BayObLG. **5** 76, R. **04** 196: An der Genehmigung des Abkommens, das der Pfleger mit dem Vater der Pfleglinge, den Erben der Großeltern, wegen der Pflichtteilsansprüche des Vaters getroffen hat, ist nicht nur der Vater interessiert, sie liegt auch im Interesse der Pfleglinge, sofern dem Vater Pflichtteilsansprüche zustehen und die zu deren Befriedigung verpflichteten Pfleglinge nach § 278 ein Verschulden des Pflegers zu vertreten haben; daher Beschwerderecht des Pflegers namens der Pfleglinge gegen die Versagung der Genehmigung.

2. des Mündels.

OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 90, OLG. **8** 240, R. **04** 81, begründet das Beschwerderecht des Mündels gegen Versagung obervormundschaftlicher Genehmigung durch den Hinweis auf §§ 55, 62 FrGG., da die darin ausgesprochene, wenn auch beschränkte Ermächtigung des Beschwerdegerichts, aus sachlichen Gründen die Versagung der Genehmigung zu ändern, voraussetzt, daß die Versagung das Recht des Mündels zu beeinträchtigen geeignet ist und ihn formell zur Beschwerde legitimiert.

3. des Vertragsgegners.

a) **RG. 56** 124 ff., ZBlFrG. **4** 618 ff., s. auch DNotVZ. **04** 354, JW. **04** 47, BayObLG. **4** 730*: Der Gegner hat kein Beschwerderecht gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die Genehmigung, da von einer Beeinträchtigung seines Rechtes durch die Verfügung erst mit dem Augenblicke der Wirksamkeit der letzteren ihm gegenüber die Rede sein könnte, d. i. mit der Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2, die zugleich nach § 55 FrGG. die Abänderung, also die Möglichkeit eines Erfolges der Beschwerde ausschließt, und hieraus notwendig folge, daß das Gesetz das die Genehmigung betreffende Verfahren als eine innere Angelegenheit zwischen Vormund und Gericht ansehe, die nur dem Interesse des Mündels dienen, in die aber nicht der Dritte in seinem Interesse, auch nicht durch Beschwerdeerhebung eingreifen könne. Ebenso OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 311.

b) KGJ. **27** A 172, PosMschr. **04** 55: Der Gegner hat kein Beschwerderecht gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über die Genehmigung, da diese erst durch die Mitteilung nach § 1829 ihm gegenüber Wirksamkeit er-

langt, vorher aber von dem Gerichte von Amts wegen geändert und ihre Mitteilung nach freiem Ermessen des Vormundes unterlassen werden kann, so daß von einer Beeinträchtigung eines Rechtes des Gegenkontrahenten durch jene Entscheidung vor ihrer Mitteilung nicht die Rede sein kann, während die Mitteilung zugleich die Möglichkeit der Abänderung im Beschwerdewege beseitigt (§§ 55, 62 FrGG.). Versagt das Gericht die Genehmigung, so kann sich der Vormund wegen Unterlassung der Beschwerde dem Mündel regreßpflichtig machen, wenn der Dritte ein Recht auf die zu genehmigende Leistung hat; allein der Dritte kann seinen Anspruch nur gegen den Vormund geltend machen, sich nicht im Beschwerdewege gegen das Vormundschaftsgericht wenden. Gegen das Beschwerderecht des anderen Kontrahenten spricht sich mit gleicher Begründung Breit, ZBlFrG. **4** 488 ff., aus.

c) KG., PosMschr. **04** 9: Auch der Miterbe, dem ein Nachlaßgrundstück in dem Erbteilungsvertrag überlassen ist, hat als Vertragsgegner kein Beschwerderecht gegen die Versagung der Genehmigung des Erbteilungsvertrags, da er zwar ein Recht auf Auseinandersetzung (§ 2042), aber doch kein Recht auf Überlassung des Grundstücks (§ 2042 verb. m. §§ 752, 753) hat.

d) BayObLG. **4** 728, ZBlFrG. **4** 620: Auch wenn der Dritte ein Recht auf die genehmigungsbedürftige Leistung hat, fehlt das Beschwerderecht, ist vielmehr der Rechtsweg geboten; ebenso OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 312, s. auch BayObLG. **5** 189, ZBlFrG. **5** 412, R. **04** 286, KGJ. **28** A 295: Das Vormundschaftsgericht tritt zu dem Dritten in keine rechtliche Beziehung, dieser hat kein Recht darauf, daß das Vormundschaftsgericht auf den Vormund in einem bestimmten Sinne einwirke; wegen dieser Stellung des Gerichts seinem Anspruche gegenüber ist der Dritte deshalb auch nicht beschwerdeberechtigt, sondern auf den Prozeßweg angewiesen.

Gegen das Beschwerderecht des Dritten auch OLG. Stuttgart, WürttZ. **46** 266: Kein Beschwerderecht der Mutter als Nießbraucherin des Anteils ihrer Kinder an einem Nachlasse gegen Genehmigung der Erbteilung.

§ 1829. 1. Mitteilung als Mittel der Herbeiführung materieller Wirksamkeit der Genehmigung oder Verweigeruug.

a) Breit, ZBlFrG. **4** 584: Mitteilung im Sinne des § 1829 Abs. 1 Satz 2 liegt nur dann vor, wenn aus ihr hervorgeht, daß der Vormund den Inhalt der gerichtlichen Verfügung anerkennt und von ihr Gebrauch machen will; sie ist kein Bericht über eine Tatsache, sondern ein eigentliches Rechtsgeschäft (§ 130 Abs. 1). S. auch v. Blume Note 2 zu § 1829: Die Mitteilung ist nicht „Geschehnisanzeige", sondern Willenserklärung, und Note 4 zu § 1829: Teilt der Vormund dem anderen Teile mit, er habe die Genehmigung erhalten, erklärt aber zugleich, er wolle von der Genehmigung keinen Gebrauch machen, so ist die Mitteilung wirkungslos.

*Schultheis, ZBlFrG. **5** 363: Der Gegner, der an den Vertrag während des Schwebezustandes gebunden ist und deshalb die Beendigung der Ungewißheit erwartet, darf eine ihm ohne Einschränkung zugehende Mitteilung als die rechtsgeschäftliche Willensäußerung ansehen; die Mitteilung hat daher die Wirkung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2, sofern sich nicht aus Zusätzen oder anderen Umständen das Gegenteil zweifelsfrei ergibt.

b) Josef, ZBlFrG. **5** 203 ff.: α. Wirksam und somit unabänderlich im Sinne des § 62 FGG. wird die Verweigerung der Genehmigung durch die Mitteilung, die der Vormund dem Gegner in dem Sinne macht, daß er hiermit die Angelegenheit als endgültig erledigt betrachtet. Teilt der Vormund dem anderen Teile mit, daß die Genehmigung zwar verweigert sei, das Beschwerdegericht aber angerufen werde, so braucht der andere Teil die Beschwerdeentscheidung nicht ab-

zuwarten, darf vielmehr selbst die Sache als erledigt betrachten, indem er der Weiterverfolgung der Sache widerspricht oder gar keine Erklärung abgibt. Erklärt er sich aber mit der Weiterverfolgung einverstanden, so tritt keine Wirksamkeit und Unabänderlichkeit der Verweigerung ein.

β. Ist schon beim Vertragsschlusse vereinbart, daß behufs Erlangung der Genehmigung die Beschwerdeinstanzen angegangen werden sollen, so ist dieses Abkommen für den Käufer bindend und schließt sowohl eine Aufforderung nach § 1829 Abs. 2 als den Widerspruch gegen den Beschwerdeweg (s. zu α) aus; dagegen ist diese Abrede für den Vormund nicht bindend, er darf sich bei der Einlegung der Beschwerde nur vom Mündelinteresse leiten lassen.

γ. Das Beschwerdegericht muß vor der Entscheidung feststellen, ob diese Voraussetzung der Abänderung (s. zu α) noch gegeben ist, am einfachsten durch Befragen des Vormundes und Gegners. Widersprechen sich deren Angaben, bestreitet der andere Teil z. B. ein Abkommen der zu β bezeichneten Art, so muß das Beschwerdegericht, da die Voraussetzung der Unabänderlichkeit nicht klar liegt, die seiner Ansicht nach zu Unrecht versagte Genehmigung erteilen, und es bleibt die Frage, ob der Vertrag schon vorher unwirksam geworden war, der Entscheidung des Prozeßgerichts vorbehalten.

Gegen die oben unter α mitgeteilte Ansicht Josefs führt *Schultheis, ZBlFrG. 5 361 f., aus, daß es für die Frage der Wirksamkeit einer Mitteilung nur darauf ankomme, ob diese als die rechtsgeschäftliche Erklärung, von der Genehmigungsverfügung Gebrauch zu machen, aufzufassen ist, und diese Auffassung im Zweifel geboten sei, daß aber das Verhalten des anderen Teiles unerheblich erscheine, weder sein Widerspruch gegen die Weiterverfolgung der Sache in höhere Instanz nach der nur nachrichterlichen Mitteilung der Verweigerung die abändernde Entscheidung des Beschwerdegerichts hindern, noch seine ausdrückliche Zustimmung eine solche Abänderung ermöglichen könne, falls die Verweigerung der Genehmigung durch vorbehaltlose Mitteilung wirksam geworden sei.

c) Josef, ZBlFrG. 5 209, spricht sich de lege ferenda für das Erfordernis der formellen Rechtskraft der Genehmigungsverfügung zu deren Wirksamkeit aus; dagegen Schultheis a. a. O., ZBlFrG. 5 364 ff.

2. Verzicht auf die Mitteilung oder Ersatz derselben im Wege der Vollmachtserteilung.

a) Über die Frage, ob auf die Mitteilung vertragsmäßig wirksam verzichtet werden kann, (s. JDR. 1 zu § 1829 Ziff. 2 und 2 zu § 1829 Ziff. 1), Breit, ZBlFrG. 4 586, dem die grundsätzliche Bejahung außer Zweifel steht, insbesondere auch der Gesichtspunkt des Mündelinteresses die Anerkennung des Verzichts nicht verbietet, da nicht einzusehen sei, warum die freie Entschließung über Sein oder Nichtsein des Vertrags dem Vormund auch noch nach Entgegennahme der Genehmigung offen bleiben müsse; er läßt also den Verzicht nicht nur in dem vom BayObLG., JDR. 1 zu § 1829 Ziff. 2a (das er zitiert) angenommenen Sinne, sondern schlechterdings zu.

Breit, ZBlFrG. 4 588, hält in dem JDR. 1 zu § 1829 Ziff. 2c mitgeteilten Falle, in dem der von Breit als zulässig erachtete Verzicht auf die Mitteilung nicht vorliege, entgegen dem BayObLG., es für erforderlich, daß der gemeinsame Bevollmächtigte nach Entgegennahme der gerichtlichen Verfügung in seiner Eigenschaft als Vertreter des einen, an sich selbst als Vertreter des anderen Teiles die Mitteilung richtet, d. h. nach außen hin kundgibt, daß er von der Genehmigung auch als Bevollmächtigter des Gegners des Mündels Kenntnis genommen habe, z. B. durch Stellung des Eintragungsantrags, s. JDR. 2 zu § 1829 Ziff. 1b. Ebenso *Schultheis, ZBlFrG. 5 364, der hieraus die Mög-

lichkeit einer Beschwerde seitens des Notars gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts über die Genehmigung folgert; s. a. Josef, ZBlFrG. **5** 208 V.

b) Nach v. Blume Note 3b zu § 1828 (und Note 2 zu § 1830) bedarf es nach Erteilung der nachträglichen Genehmigung immer noch der Erklärung des Vormundes, daß er von der nunmehr ihm zustehenden Vertretungsmacht Gebrauch machen wolle, und ist vorherige Abgabe dieser Erklärung unzulässig, da der Vormund, solange ihm die Vertretungsmacht fehlt, den Mündel nicht binden kann.

c) LG. Saargemünd, ElsLothNotZ. **24** 59: Der Notar, der zur Entgegennahme der Bekanntmachung des Genehmigungsbeschlusses und zur Mitteilung desselben an den Vertragsgegner sowie anderseits zur Entgegennahme dieser Mitteilung bevollmächtigt ist, hat in dem Augenblick, in dem die Bekanntmachung an ihn als Bevollmächtigten des Vormundes erfolgt ist, als Bevollmächtigter des Vertragsgegners von der Genehmigung Kenntnis erlangt, und zwar mit dem Willen des Vormundes. Die Bekanntmachung an den Notar ergibt sich daraus, daß dieser mit dem Eintragungsantrag eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses dem Grundbuchamte vorgelegt hat. Der Entschluß des Vormundes, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, ergibt sich daraus, daß der von ihm bevollmächtigte Notar auch im Namen des Vormundes die Eintragung beantragt hat. — Der Notar konnte auch die erwähnten Vollmachten selbst beurkunden, da er weder Beteiligter im Sinne des § 170 FGG., noch die Bevollmächtigung eine Verfügung zugunsten des Notars (§ 171 FGG.) ist.

d) Eine BadJustMinistVerf., BadRpr. **04** 288, empfiehlt den Notaren bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften zugleich die Erteilung von Vollmachten für den ersten Kanzleibeamten des Notariats, und zwar Vollmacht seitens des Vormundes zur Entgegennahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und Mitteilung derselben an den Vertragsgegner und Vollmacht seitens des letzteren zur Entgegennahme der Mitteilung herbeizuführen und mitzubeurkunden, und demnächst nach Eingang der Genehmigung eine Urkunde aufzunehmen, in der der Kanzleibeamte die Mitteilung und deren Entgegennahme erklärt.

3. Stillschweigende Mitteilung.

Gegen die JDR. **2** Ziff. 2 zu § 1829 mitgeteilte Ansicht des LG. Mainz Breit, ZBlFrG. **4** 584: Da für die Mitteilung keine Form vorgeschrieben ist, so sind Vereinbarungen über das Äußerungsmittel nicht verboten, insbesondere auch Stillschweigen geeignetes Mittel zur Kundgebung des rechtsgeschäftlichen Willens; der Nachweis, daß innerhalb der vereinbarten Frist dem anderen Teile keine gegenteilige Nachricht zugegangen ist, ist dem Grundbuchamte durch entsprechende Erklärung des Vormundes zu führen.

4. Wirkung der Mitteilung.

a) Breit, ZBlFrG. **4** 582: Die Mitteilung des Vormundes an den Gegner, die obervormundschaftliche Genehmigung sei verweigert, hat endgültige Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge, auch wenn die Mitteilung der Wahrheit nicht entspricht (vorbehaltlich der Anfechtung uach § 119); anderseits kann im Falle des § 1829 Abs. 2 die der Wahrheit nicht entsprechende Mitteilung, der Vertrag sei genehmigt, die Wirksamkeit des Vertrags auch dann nicht herbeiführen, wenn nach Fristablauf die Genehmigung wirklich erteilt wird (590).

b) Breit, ZBlFrG. **4** 583: Die Mitteilung der erteilten oder verweigerten Genehmigung an den Gegner kann nicht einfach durch Vereinbarung beseitigt werden, es bedarf vielmehr formeller Vertragsaufhebung (erforderlichenfalls mit obervormundschaftlicher Genehmigung), bzw. neuen Vertragsschlusses. S. JDR. **2** zu § 1829 Ziff. 4b.

c) Rückwirkung.

Für die rückwirkende Kraft der Genehmigung mit der aus § 184 Abs. 2 sich ergebenden Einschränkung (s. JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 1a) auch Breit, ZBlFrG. **4** 592, v. Blume Note 5 zu § 1829.

➼ Breit a. a. O. bezeichnet die von Schultheis, ZBlFrG. **3** 263, vertretene Auffassung, daß „Genehmigender" im Sinne des § 184 nicht das Gericht, sondern der Vormund selbst sei, der durch die Mitteilung der Genehmigung als nunmehr unbeschränkt berechtigter Vertreter die Genehmigung und damit den Vertrag zur rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit bringe, als „unhaltbar", weiß indessen zur Begründung des gleichen Ergebnisses nichts Besseres anzuführen als — entsprechende Anwendung des § 184 BGB., wobei aber namentlich die Übertragung der Vorschrift des § 184 Abs. 2 auf diesen Fall völlig unerklärt bleibt. Wie Schultheis vertritt auch v. Blume Note 3 zu § 1828, Note 2 zu § 1829 die Ansicht, daß der Vormund durch die nachträgliche Genehmigung die Vertretungsmacht zum Vertragsschluß erhält und von ihr dadurch Gebrauch macht, daß er namens des Mündels den abgeschlossenen Vertrag genehmigt. — Red. ➻

5. Breit, ZBlFrG. **4** 598: Nachweis der Mitteilung erfolgt gegenüber dem Grundbuchamte durch Zustellungsurkunde oder Protokoll. S. JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 3a und JDR. **2** zu § 1829 Ziff. 5.

OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 48, hat entschieden, daß der dem Grundbuchamte zu führende Nachweis der Mitteilung der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Empfängers, daß ihm die Genehmigung mitgeteilt sei, erbracht werde (§ 29 GBO).

6. Keine Pflicht zur Mitteilung.

OLG. Cassel, R. **04** 604: Der Vater ist, auch wenn er selbstschuldnerische Bürgschaft für die Schuld des Sohnes übernommen hat, nicht verpflichtet, die obervormundschaftliche Genehmigung einzuholen oder mitzuteilen, vielmehr unter Umständen im Interesse des Kindes verpflichtet, das Wirksamwerden des Vertrags zu hindern.

7. Abs. 2.

Breit, ZBlFrG. **4** 580: Vertragsmäßige Fristverlängerung und -Verkürzung zulässig, Verlängerung auch durch einseitigen Akt des Gegners.

Für vertragsmäßige Verkürzung auch v. Blume Note 4 zu § 1829.

8. Abs. 3.

v. Blume Note 2 u. 6 zu § 1829, Breit, ZBlFrG. **4** 599: Die Genehmigung des volljährigen Mündels tritt an Stelle der „Mitteilung" des Vormundes, ist daher dem Vertragsgegner zu erklären, und es läuft die dem Vormunde nach Abs. 2 gesetzte Frist weiter. S. JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 5.

Breit, ZBlFrG. **4** 599: Stirbt der Mündel vor Wirksamwerden der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder im Falle des § 108 des Vormunds, so geht das Genehmigungsrecht auf die Erben über, es sei denn, daß der Vertrag den Umständen nach nur mit dem Mündel, nicht mit den Erben geschlossen werden sollte.

Ebenso Planck (3) Note 8 Abs. 2 zu § 108 für den Fall des § 108 unter Hinweis auf § 153. S. JDR. **1** zu § 1829 Ziff. 5c.

9. Einfluß der Wirksamkeit auf Stempel und Gebühren.

a) Die AVf. v. 3. 10. 04, PrJMBl. **04** 265, führt aus: Nach Erteilung der obervormundschaftlichen Genehmigung (in urkundlicher Form) kann der Stempel zu der zwecks Genehmigung eingereichten Urkunde über das Rechtsgeschäft (zu den Gerichtskosten) erhoben werden, auch wenn die Mitteilung nach § 1829 noch nicht stattgefunden hat, da mit der Erteilung der Genehmigung das gerichtliche Geschäft beendet ist und damit nach §§ 31, 30, 11 PrGKG. auch die

Fälligkeit des Stempels eintritt; erfolgt die Mitteilung nicht, und gelangt so das Geschäft nicht zur Wirksamkeit, so wird der Stempel niedergeschlagen oder erstattet.

b) Nach BayObLG., BayNotZ. **5** 121 ist der Notar berechtigt, die Gebühren für einen unter Vorbehalt der obervormundschaftlichen Genehmigung beurkundeten Vertrag auch im Falle der Versagung der Genehmigung von den Beteiligten zu verlangen, wenn er nicht die Nutzlosigkeit des Geschäfts verschuldet hat (Art. 21 BayNotG.); die Parteien haben die Nutzlosigkeit aber selbst verschuldet, wenn sie die Tätigkeit des Notars in Anspruch nehmen, ohne sich vorher über die Stellungnahme des Vormundschaftsgerichts zu dem Vertrage zu erkundigen.

§ 1830. Breit, ZBlFrG. **4** 591: Es genügt objektiv wahrheitswidrige Behauptung der vorherigen Genehmigung vor oder bei Vertragsschluß.

Auch nach v. Blume Note 3 zu § 1830 begründet spätere unrichtige Mitteilung von angeblich erwirkter Genehmigung nicht das Widerrufsrecht des § 1830, sondern allenfalls Schadensersatzanspruch (unter entsprechender Anwendung des § 179 BGB.). S. IDR. **1** zu § 1830 [1].

Über den Schadensersatzanspruch bei unwahrer Behauptung der Genehmigung bei dem Vertragsschlusse Breit a. a. O. 592 und v. Blume Note 6 zu § 1830 im Anschluß an Wendt, AzivPr. **92** 285 gegen Ungewitter, Gruchots Beitr. **46** 690.

§ 1831. 1. Zeitpunkt, in dem die Genehmigung vorhanden sein muß.

a) Breit, ZBlFrG. **4** 574: Die Genehmigung muß dem Vormunde zur Zeit der Vornahme des Geschäfts bekannt gemacht sein.

b) Breit, ZBlFrG. **4** 575, DNotV. **04** 184: Die Genehmigung braucht nicht schon bei der Beurkundung, sondern erst im Augenblicke des Zuganges der beurkundeten Erklärung an den Gegner vorzuliegen. S. a. Planck (3) Note 2 Abs. 1 zu § 111.

2. Schriftliche Form und Zurückverweisungsbefugnis.

a) Breit, ZBlFrG. **4** 572: Unter schriftlicher Form kann nur eine durch das Gericht hergestellte und sich äußerlich als öffentliche Urkunde darstellende Abschrift des Genehmigungsbeschlusses verstanden werden.

b) Breit, ZBlFrG. **4** 572: Bei unverschuldeter Unkenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit kann die Zurückweisung noch nach erlangter Kenntnis erfolgen, ihr aber auch noch durch sofortige Vorlegung der Genehmigung begegnet werden.

3. Die Erbschaftsausschlagung insbesondere.

a) Eccius, GruchotsBeitr. **44** 768: Die Ausschlagungserklärung des Vormundes ist unwirksam bei fehlender obervormundschaftlicher Genehmigung; sie kann aber, wenn die schriftliche Genehmigung nicht zugleich mit der Erklärung vorgelegt wird, trotz vorhandener Genehmigung durch Zurückweisung seitens des Nachlaßrichters die Wirksamkeit einbüßen, der sich wegen der Benachrichtigungspflicht über die Wirksamkeit sofort Gewißheit verschaffen muß.

Nur wenn die rechtzeitig nachgesuchte obervormundschaftliche Genehmigung erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist erteilt wird, kann dieser Umstand als höhere Gewalt zu einer Fristverlängerung um die Zeit der gerichtlichen Deliberation nach §§ 1949 Abs. 2, 203 Abs. 2 führen.

b) A. A. Breit, ZBlFrG. **4** 571: § 1831 bezieht sich nicht auf amtsempfangsbedürftige Geschäfte; der Nachlaßrichter darf deshalb nicht die Erbschaftsausschlagung des Vormundes bei Nichtvorlegung schriftlicher Genehmigung zurückweisen.

c) Breit, ZBlFrG. **4** 578: Geht die obervormundschaftliche Genehmigung zur Erbschaftsausschlagung nicht rechtzeitig ein, so entspricht die Möglichkeit nachträglicher Ausschlagung nach Fristablauf einem dringenden Bedürfnisse; zur Begründung kann herangezogen werden a) § 206 BGB.: der Mündel, dessen Vertreter die Genehmigung nicht erhalten hat, ist als nicht gesetzlich vertreten anzusehen, deshalb Ablauf der Frist erst 6 Wochen nach dem Zeitpunkt, in dem der Vertreter bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Genehmigung würde erwirkt haben können; b) § 1956 (?).

4. Rechtshandlungen, die nicht unter § 1831 fallen.

a) *Schultheis, ZBlFrG. **5** 362 (Note): Die Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 ist zwar ein rechtsgeschäftlicher Akt, aber kein einseitiges Rechtsgeschäft, vielmehr Bestandteil des Vertrags, ebenso wie die Genehmigung des Vormundes zu einem von dem Mündel allein geschlossenen Vertrag, weshalb die im § 1831 Satz 2 vorgesehene Zurückweisungsbefugnis nicht Platz greift. A. M. v. Blume Note 5 zu § 1829.

b) Breit, ZBlFrG. **4** 576: § 1831 ist nicht anwendbar auf die an Behörden zu richtenden Anträge nach § 181 Abs. 2 ZwVG., § 14a StAngG. v. 1. 6. 70 (EG. Art. 41), § 58 Abs. 3 BörsG.

§ 1832. v. Blume Note 3b u. 4 zu § 1832: Eine Mitteilung des Vormundschaftsgerichts an den Dritten, daß es den Abschluß des Rechtsgeschäfts verbiete, hindert die Erteilung der Genehmigung durch den Gegenvormund nicht; das Gericht kann die dem Vormunde durch den Gegenvormund erteilte Vertretungsmacht nur durch Entlassung entziehen. ⇛ Auch im Wege des § 1796 (Entziehung der Vertretungsmacht des Vormundes in einzelnen Angelegenheiten). — Red. ⇚

§ 1833. 1. Umfang der Haftung.

Eck, Vorträge II 555: Nur Vermögensschaden ist zu ersetzen, da ein Ausnahmefall, in dem moralischer Schaden, z. B. bei Verwahrlosung des Mündels durch Schuld des Vormundes, zu ersetzen wäre, im Gesetze nicht statuiert ist.

2. Verschulden.

v. Blume Note 4 zu § 1833 läßt den Vormund für das Verschulden der von ihm mit der Sorge für die Person oder das Vermögen des Mündels betrauten Person nur soweit haften, als ihn bei der Anstellung oder Beaufsichtigung ein Verschulden trifft, da er sich dieser Person nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, sondern durch ihre Anstellung, Beaufsichtigung und Entlassung seine Verbindlichkeit erfüllt, aber nicht durch die bloße Anstellung, weshalb § 664 unanwendbar. S. IDR. **1** zu § 1833 I 3.

3. Ausschluß des Verschuldens durch obervormundschaftliche Genehmigung.

a) **RG.** SächsA. **14** 614, IW. **04** 473: Der Vormund haftet für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, und die obervormundschaftliche Genehmigung befreit ihn nicht. Es bedarf aber des Nachweises einer Pflichtwidrigkeit des Vormundes. Eine solche ist bei rechtswidrigem Vorsatz ohne weiteres anzunehmen, so daß dann die Genehmigung ohne Bedeutung ist. Bei bloßer Fahrlässigkeit darf in Fällen, in denen über die Statthaftigkeit der fraglichen Handlung Zweifel möglich sind, die Tatsache der erteilten Genehmigung nicht außer Betracht bleiben, da dem Vormund ein Verschulden nachgewiesen werden muß. Hat eine nur im Falle einer Gefährdung der Mündelinteressen statthafte Abweichung von einer Anordnung nach § 1803 Verluste verursacht, so kann ein Verschulden des Vormundes ausgeschlossen sein, wenn der Vormund nach sorgfältiger Erkundigung glauben durfte, die Mündel seien gefährdet, wenn er ihrem Vater die Möglichkeit der Gründung einer neuen Lebensstellung dadurch abschneide, daß er die Anordnung hypothekarischer Anlegung des Kindesvermögens befolgte und deshalb

dem Vater ein Darlehen aus diesem Vermögen zur Pacht eines gewerblichen Unternehmens verweigerte; ebenso kann er die Darlehnshingabe für erlaubt gehalten haben, wenn er das Vormundschaftsgericht auf die Zweifelhaftigkeit der gebotenen Sicherheit aufmerksam gemacht hat, ihm aber eröffnet worden ist, es liege ein Notfall vor und deshalb sei die Darlehnshingabe gestattet.

b) v. Blume Note 4 zu § 1833: Erteilung oder Verweigerung der obervormundschaftlichen Genehmigung befreit den Vormund nicht ohne weiteres; er muß pflichtmäßig nachprüfen und nötigenfalls Beschwerde erheben; dagegen haftet der Mitvormund nicht, der widersprochen und so die Entscheidung des Gerichts herbeigeführt hat (1797/98).

4. Minderjähriger Vormund.

v. Blume Note 2a zu § 1781: Auch ein minderjähriger Vormund haftet nach § 1833, hat aber Regreß an den Richter nach § 839, da § 1781 Abs. 1 auch die Interessen des Vormundes schützen will.

5. Verjährung.

OLG. Jena, R. **04** 387: Schadensersatzanspruch des Mündels gegen den Vormund wegen einer von ihm als Vormund gegen den Mündel begangenen unerlaubten Handlung unterliegt der 30jährigen, nicht der 3jährigen (§ 852) Verjährung, da der Vormund nach § 1833 wegen schuldhafter Pflichtverletzung, insbesondere Verletzung der Fürsorgepflicht gegen die Person des Mündels haftet und für dessen Verjährung keine Sondervorschrift besteht. S. IDR. **1** zu § 1833 IV.

§ 1835. 1. Ersatz für Zeitversäumnisse.

a) LG. Hamburg, ZBlFrG. **5** 356, folgert aus dem ehrenamtlichen Charakter des Vormundsamts, daß Zeit und Arbeit unentgeltlich aufzuwenden und deshalb kleine pekuniäre Nachteile nicht immer zu vermeiden seien, deshalb der Vormund die notwendigen Kosten für Porto, Papier, Federn verauslagen, event. auch selbst tragen müsse und nicht die Amtsausübung bis zur Befriedigung seiner Ansprüche aus § 1835 verweigern dürfe.

b) v. Blume Note 2 zu § 1835: Zeitversäumnisse sind als Schaden, aber nicht als Aufwendungen zu behandeln. S. IDR. **1** § 1835 1a.

2. Schadensersatz.

v. Blume Note 6 zu § 1835: Der Vormund kann Ersatz des Schadens fordern, den er durch Führung, nicht bloß bei Führung der Vormundschaft erleidet, der auf einer mit der Wahrnehmung der Interessen des Mündels verknüpften Gefahr beruht.

3. Portokosten (s. a. oben zu 1).

Ermel, DIZ. **04** 309, spricht sich „aus Zweckmäßigkeitsgründen" für Portofreiheit der Vormünder in vermögenslosen Vormundschaften in dem Sinne aus, daß diese ihre Berichte dem Vormundschaftsgericht unfrankiert übersenden dürfen.

Fund, R. **04** 188, befürwortet eine Erstattung sämtlicher Portokosten der Vormünder vermögensloser Mündel aus öffentlichen Mitteln, ähnlich wie bei den Waisenräten nach IMV. v. 25. 8. 76.

Fuchs, DIZ. **04** 393, begründet die Befugnis des Vormundes, die Berichte unfrankiert an das Gericht zu schicken, damit, daß der Vormund keine Beträge für den Mündel vorzuschießen, vielmehr ein notwendigerweise mit Auslagen verbundenes Geschäft ohne Vorschuß nicht vorzunehmen brauche, daß die Berichterstattung wegen der Möglichkeit unfrankierter Sendung nicht notwendig Auslagen erfordere und daher unfrankierte Sendung statthaft sei; auch in Preußen nicht etwa nach § 4 XXI B Satz 3 IMV. v. 4. 3. 94 das Porto vom Vormunde wieder einzuziehen, da dieser zur Portotragung nicht verpflichtet sei (§ 1835).

Dagegen Körner, ZBlFrG. 5 345 ff.: Der Vormund darf die Berichte dem Gerichte nicht unfrankiert übersenden, aber auch nicht in Ermangelung eines Vorschusses die Ausführung des notwendigen Geschäfts einfach unterlassen, muß vielmehr sich an unterhaltspflichtige Verwandte oder den Armenverband um Portovorschuß für alle notwendigen Schreiben wenden, kann auch die Berichte zu Protokoll des Gemeindewaisenrats erklären, zu dessen Aufgaben diese Tätigkeit gehört.

KGJ. 27 A 180, OLG. 8 361 (KG.): Die Auslagen des Vormundes unterliegen nicht der Festsetzung durch das Vormundschaftsgericht, sondern dem ordentlichen Rechtswege (nur vorläufige Entscheidung bei der Rechnungsprüfung).

Über den Begriff Aufwendung Witte, DJZ. 04 986 (nur positive Leistungen von Geld, Sachen oder durch Arbeit, nicht entgangener Verdienst).

§ 1836. 1. Bewilligung der Vergütung.

a) Bedeutung der Festsetzung. KGJ. 27 A 181 (KG): Die Festsetzung durch das Vormundschaftsgericht begründet erst den Anspruch auf Vergütung und schafft die Grundlage für die Klage auf Zahlung derselben. Der Vormund hat deshalb (spätestens nach Beendigung der Vormundschaft) ein Recht darauf, daß das Gericht über die Bewilligung entscheidet, es kann diese Entscheidung nicht bis zum Austrag eines Prozesses über Erstattungsfähigkeit von Auslagen aussetzen, selbst wenn für beide Entscheidungen erhebliche Vorfragen (z. B. Notwendigkeit einer Reise) vorliegen, da die Ansicht des Prozeßrichters für den Vormundschaftsrichter nicht bindend ist.

b) Zeitgrenze der Befugnis des Gerichts.

v. Blume, N. 7 zu § 1836 und 2a zu § 1893: Nach Beendigung der Vormundschaft, die auch die obervormundschaftliche Gewalt beendet, kann das Vormundschaftsgericht keine Vergütung mehr bewilligen, auch nicht für die Vergangenheit; s. JDR. 1 zu § 1836 Ziff. 1.

2. Abs. 2.

KG., DJZ. 04 604: Ist die Anhörung in erster Instanz erfolgt, so bedarf es keiner erneuten Anhörung in der Beschwerdeinstanz.

3. Keine entsprechende Anwendung.

OLG. 8 279, ZBlFrG. 5 86 (KG.): § 1836 Satz 2 ist nicht entsprechend anwendbar auf den Testamentsvollstrecker; die Befugnis zur Festsetzung seiner Gebühr (§ 2221) steht daher dem Nachlaßgerichte nicht zu; s. a. KG., OLG. 8 256, ZBlFrG. 5 90 (keine Festsetzung der Vergütung des Liquidators der offenen Handelsgesellschaft durch Registerrichter). Ebenso LG. Gnesen, PosMschr. 04 9 (in Ermangelung einer Amtsgewalt des Nachlaßgerichts über den Testamentsvollstrecker).

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Vorbemerkung: Die Ansicht Dernburgs über die Ausdehnung des obervormundschaftlichen Aufsichtsrechts ist v. Blume beigetreten, der vor einer Überspannung des Gedankens der Selbständigkeit des Vormundes warnt, während Leonhard bei Eck sich dahin ausspricht, daß die Befugnisse des Gerichts im Zweifel nicht zu überspannen seien, namentlich nicht im Widerspruche mit den Gesetzesmaterialien (s. zu § 1837 Ziff. 1). Im einzelnen ist die Betätigung des Aufsichtsrechts auch wieder in bezug auf den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes, speziell die Frage des Zeugnisweigerungsrechts der Mutter bei Ermittelung des Vaters durch das Vormundschaftsgericht erörtert worden (s. zu § 1839); ferner die Unterbringung des Kindes in einer deutschredenden Umgebung zwecks Fortbildung in der deutschen Sprache als nach § 1838 zulässige Maßregel. Endlich ist auch die Vertretungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts in Behinderungsfällen nach § 1846 behandelt worden.

§ 1837. 1. Aufsichtsrecht und Selbständigkeit des Vormundes.

a) v. Blume Vorbem. z. 3. Abschn. Ziff. 4b und Vorbem. vor § 1837 wendet sich gegen die Überspannung des Gedankens der Selbständigkeit des Vormundes und will im Anschluß an Dernburg (s. JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 1) ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nicht nur bei verschuldeter, sondern auch bei unverschuldeter Pflichtverletzung zulassen, indem er als Pflichtverletzung das Außerachtlassen der nach objektivem Maßstabe zu beurteilenden Sorgfalt (des Normalvormundes) und demnach als pflichtwidrig alle Handlungen und Unterlassungen, die erkennbar den Mündel zu schädigen geeignet sind, ansieht; Aufgabe des Gerichts ist demnach, den Mündel vor Schädigung zu bewahren durch geeignete Gebote und Verbote, es hat aber erst einzuschreiten, wenn Grund zur Annahme vorliegt, daß der Vormund pflichtwidrig handeln werde, es hat ihm nicht durch seine Weisungen vorzugreifen. v. Blume will deshalb lieber von dem Grundsatze der Trennung der vormundschaftlichen und der Aufsichtsgewalt reden.

b) Eck, Vorträge II 556, spricht sich dafür aus, das Aufsichtsrecht etwas freier auszulegen als die herrschende Meinung, die Verbot unzweckmäßiger Maßregeln ausschließt, indem er davon ausgeht, daß in dem Aufsichtsrecht auch das Recht zu Anweisungen enthalten sein kann.

Leonhard bei Eck, Vorträge II 536 Note 2: Die Auslegung des Reichsrechts darf man nicht zu sehr den Zielen der älteren preußischen Gesetzgebung anpassen, die wohlmeinend gedacht, aber sehr unbequem waren, und daher die Befugnisse des Gerichts im Zweifel nicht überspannen, namentlich da nicht, wo die Materialien dagegen sprechen.

Über das Aufsichtsrecht übereinstimmend mit der herrschenden Meinung (JDR. **1** zu §§ 1837 I 3) Natter, WürttZ. **46** 195.

c) Keine bindende Anweisungen in Zweckmäßigkeitsfragen: BayOLG., ZBlFrG. **5** 329, SeuffA. **59** 464, R. **04** 283, Staudinger-Engelmann (2) Vorbem 2c vor § 1773.

OLG. Rostock, DJZ. **04** 176: Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, in die Verwaltung des Vormundes an dessen Stelle selbst handelnd einzugreifen, daher kann es auch nicht unmittelbar das Berichtigungsverfahren aus § 66 Abs. 2 PStG. betreiben.

2. Einzelfälle der Betätigung des Aufsichtsrechts.

a) BayObLG. **4** 821, SeuffA. **59** 212, R. **04** 46, 48, 49: Da der Entmündigte für die Anfechtungsklage prozeßfähig ist und einen Rechtsanwalt mit verbindlicher Wirkung für sein Vermögen bevollmächtigen kann, so darf ihm diese Befugnis zur Verteidigung gegen den Entmündigungsbeschluß jedenfalls dann nicht von dem Vormunde durch Verweigerung eines Kostenvorschusses beeinträchtigt werden, wenn die Klagerhebung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Vormundschaftsgericht kann solchenfalls im Aufsichtswege (§ 1837) den Vormund, ohne ihm den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit zu machen, zur Zahlung eines angemessenen Vorschusses an den Anwalt des Entmündigten in dem Sinne anweisen, daß es ihm die Zahlung als eine aus den obwaltenden Umständen sich ergebende Pflicht darstellt.

b) Verf. d. preuß. Justizministers v. 17. 8. 03, ZBlFrG. **5** 372: Die Frage der Namensänderung ist an sich öffentlich-rechtlicher Natur; jedoch kann von der Führung eines bestimmten Vor- oder Familiennamens der Erwerb oder Fortbestand vermögensrechtlicher Vorteile abhängen. Die allgemeine Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, namentlich vermögensrechtliche Sorge für Bevormundete zu üben, umfaßt daher auch die Stellungnahme zur Frage einer Namensänderung auf Ersuchen der zuständigen Verwaltungsbehörde (Preuß. Allerh. Erlaß v. 12. 7.

1867, GS. 1310), insbesondere Erklärung über die von Vormundschafts wegen zu erhebenden Einwendungen gegen die Namensänderung.

c) KGJ. **27** A 9 (KG.): Das Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts erstreckt sich auch auf die Tätigkeit des nach Art. 136 Nr. 1 u. 2 EGBGB. und Art. 78 § 4 PrAGBGB. bestellten Gemeindevormundes; das Gericht kann deshalb Namhaftmachung desselben von der Gemeinde verlangen; im Weigerungsfalle rechtfertigt sich die Bestellung eines anderen Vormundes, die auch mit Rücksicht auf die Person des Gemeindevormundes veranlaßt oder geboten sein kann (Art. 78 a. a. O. § 1 Abs. 2, § 4 Abs. 2).

3. Keine Anweisung zur Einziehung von Forderungen und Erfüllung von Verbindlichkeiten.

a) KG., PosMschr. **04** 89: Dem Pfleger, der zur Wahrnehmung der Rechte der Kinder bei Kündigung und Einziehung ihrer Muttererbteile und zur Prüfung der Notwendigkeit dieser Maßregel bestellt ist, kann das Vormundschaftsgericht nicht die Verpflichtung auferlegen, die Forderungen der Pflegebefohlenen einzuziehen, es muß vielmehr grundsätzlich die Erklärung des Pflegers, daß er keinen Anlaß zur Einziehung finde, maßgebend sein; es müßte denn die Unterlassung der Einziehung als Pflichtwidrigkeit erscheinen. S. auch KG., PosMschr. **04** 107.

b) KG., PosMschr. **04** 141: Eine gerichtliche Anweisung an den Vormund zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, insbesondere zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Mündels, ist, von Pflichtwidrigkeit des Vormundes abgesehen, unzulässig. S. IDR. **1** zu § 1837 I 6 u. **2** Ziff. 3 a.

4. Goldmann, R. **04** 132: Gegen den Vater als Vormund seines Enkels kann, wenn er zu dessen Nachteil die Einwilligung zur Heirat der Mündelmutter versagt, nicht wegen Pflichtwidrigkeit eingeschritten werden, da sein Recht aus § 1305 ein höchstpersönliches Recht ist und mit seiner Vormundseigenschaft nichts gemein hat.

5. Ordnungsstrafen.

BayOLG. **5** 182, ZBlFrG. **5** 329, SeuffA. **59** 464, R. **04** 283: Zur Verhängung einer Ordnungsstrafe genügt es nicht, daß der Vormund eine Weisung des Vormundschaftsgerichts nicht befolgt hat, vielmehr ist Ungehorsam gegen eine Anordnung erforderlich, mit der das Gericht gegen eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes eingeschritten ist.

§ 1838. Über Anstalts- und Familienerziehung und die Vorzüge der einen oder anderen Art s. Tenney, Schmollers J. **26** 42, 46.

KG., PosMschr. **04** 107: Die Anordnung des Vormundschaftsgerichts, daß ein Mündel, der zunächst in einer deutschsprechenden Familie (bis zum 10. Jahre) erzogen war, demnächst aber von dem Vormund in eine nur polnischredende Familie und Umgebung gebracht ist, in einer Familie unterzubringen sei, in der er Gelegenheit hat, sich der deutschen Sprache zu bedienen und seine Kenntnisse in dieser weiter auszubilden, verfolgt erzieherische Zwecke und zwar handelt es sich mit Rücksicht darauf, daß eine durch fortgesetzten Gebrauch geförderte Kenntnis der deutschen Sprache für das Fortkommen im späteren Leben wesentlich zum Nutzen gereichen wird, die Verhinderung dieser Fortbildung daher nachteilig auf den Bildungsgang einwirken kann, um ein Erziehungsbedürfnis, ist deshalb nach § 1838 gerechtfertigt.

v. Blume Note 2 zu § 1838: Voraussetzung der Anordnung ist lediglich, daß die befohlene Unterbringung zum Zwecke der Erziehung des Mündels erforderlich, dieser also nicht in geeigneter Weise untergebracht ist.

§ 1839. 1. Pflicht der unehelichen Mutter zur Nennung des Vaters.

Staudinger-Engelmann (2) Note 6c tritt der JDR. **2** zu § 1839 Ziff. 2c mitgeteilten Ansicht von Marcus bei und will weiter nach Lage des Einzelfalls entschieden wissen, ob die Weigerung der Mutter, dem Vormundschaftsgerichte den Vater zu nennen, als Gefährdung im Sinne des § 1666 Abs. 1 zur Beschränkung oder Entziehung der ihr nach § 1707 Satz 2 zustehenden Personensorge führen kann; s. unten zu 2 a. E.

2. Zeugnisweigerungsrecht der unehelichen Mutter.

a) LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 136: Wird die Mündelmutter gemäß §§ 12, 15 FGG. als Zeugin vernommen über den außerehelichen Vater, so hat sie das Zeugnisweigerungsrecht nach § 383 [3] ZPO., die Ausnahme des § 385 [3] greift nicht Platz, da nur das Familienverhältnis zwischen dem Kinde als „Beteiligten" und der Mutter als Zeugin in Betracht kommt, durch dies Familienverhältnis aber der Unterhaltsanspruch gegen den Vater nicht bedingt ist; s. JDR. **2** zu § 1839 Ziff. 2b. Für Zeugnisweigerungsrecht auch Brettner, R. **04** 494.

A. A. Seifarth, R. **04** 571 ff.: Durch die Erzeugung wird das Familienverhältnis zwischen Mutter und Kind begründet und dadurch der Anspruch gegen den Vater zugleich mitbedingt; daher greift die Ausnahme des § 385 [3] ZPO. Platz. Seifarth hält auch einen klagbaren Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des Vaters für begründet; er leitet ihn aus der Sorgepflicht (§ 1707) her, da das Verhältnis zwischen Kind und außerehelichem Vater nicht nur vermögensrechtlich, sondern quasi verwandtschaftlich (§§ 1310 Abs. 3, 1723 ff.) und deshalb das Interesse des Kindes an der Namensnennung nicht nur vermögensrechtlich sei, die Namensnennung vielmehr zur Erfüllung der Sorgepflicht für die Person gehöre.

b) Über Eideszuschiebung betreffs der exceptio plurium an den Vormund, der nicht die Mündelmutter ist, Hörle, Buschs Z. **33** 271 ff. (als Überzeugungseid nach § 459 Abs. 3 über die Beiwohnung, falls die Mutter von ihm Vormünderin gewesen ist, ferner als Eid, über seine eigenen, auch die ohne Rücksicht auf das Vertretungsverhältnis gemachten Wahrnehmungen, die auch durch Schlüsse vermittelt sein können; Eidesformulierung dahin, daß der Vormund Wahrnehmungen über den Verkehr der Mutter mit einem anderen in der zutreffenden Zeit nicht gemacht hat).

§ 1840. v. Blume Note 1 zu § 1840 und Note 4 zu § 1843: Die im § 1840 bestimmte Pflicht zur Rechnungslegung an das Vormundschaftsgericht ist ihrem Zwecke gemäß lediglich öffentlich-rechtlicher Natur und nicht durch Klage verfolgbar, im Gegensatze zu der „Rechenschaftsablegung" gegenüber dem Mündel nach Beendigung der Vormundschaft; Offenbarungseid erst bei Gelegenheit der Schlußrechnung; s. JDR. **1** zu § 1840 Ziff. 1a u. 5.

Nach Planck Note 4 zu § 1843 kann auch der wegen unerledigter Ansprüche zwischen Mündel und Vormund bestellte Pfleger den Offenbarungseid nach § 259 verlangen, während Blume a. a. O. hier nur einen Anspruch auf Herstellung des Zustandes, der bei pflichtmäßiger Amtsführung vorhanden sein soll, anerkennt.

§ 1843. Erlaß des OLG. Oldenburg an die Amtsgerichte v. 6. 8. 03, OldZ f. V. u. R. **30** 234 ff.: Der Vormundschaftsrichter kann sich bei der rechnungsmäßigen und sachlichen Prüfung der Rechnung der Hilfe des Gerichtsschreibers bedienen, die von diesem aufgestellten Erinnerungen sind aber nur als Vorarbeit für die dem Richter obliegende und von diesem zu verantwortende Prüfung anzusehen. Herbeiführung der Berichtigung und Ergänzung durch mündliche Verhandlung verdient in nicht ganz einfachen Sachen den Vorzug. Eine Entscheidung über streitige Ansprüche zwischen Vormund und Mündel steht dem Vormundschaftsgerichte nicht zu; doch ist zweckmäßig, das Schlußergebnis der

berichtigten Rechnung als Ausgangspunkt für die nächste Rechnung in den Akten festzustellen.

§ 1844. v. Blume Note 1 u. 5 zu § 1844: Durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts wird kein privatrechtlicher, durch Klage verfolgbarer Anspruch des Mündels, sondern nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Vormundes zur Sicherheitsleistung begründet; s. IDR. **1** zu § 1844 Ziff. 2a.

§ 1845. v. Blume Note 1 zu § 1845 wendet § 1845 analog auf den Fall an, daß die zum Vormunde bestellte uneheliche Mutter einen anderen als den Vater des Kindes heiraten will und Vermögen vorhanden ist; a. A. Planck Note 1 zu § 1845.

§ 1846. v. Blume Note 3 zu § 1846 und Note 1 zu § 1828: Im Falle des § 1846 kann das Gericht auch in Vertretung des Mündels Erklärungen abgeben und in Empfang nehmen, auch ein der obervormundschaftlichen Genehmigung bedürfendes Rechtsgeschäft ohne Mitwirkung des Vormundes selbst vornehmen; s. IDR. **1** zu § 1846 Note 2b und **2** zu § 1846 Note 2.

Ebenso Cosack (4) II 653 (Arrestantrag durch das Vormundschaftsgericht).

KGJ. **27** A 178, OLG. **8** 364 (KG.): Tatsächliche Behinderung liegt namentlich vor, wenn das Interesse des Vormundes oder einer anderen von ihm zugleich vertretenen Person mit dem Mündelinteresse in Widerspruch steht.

§ 1847. Abs. 2. Über den Begriff „Auslagen" s. Baring, SächsA. **14** 474.

v. Blume Note 8 zu § 1847: Kein Ersatz für Zeitversäumnis (anders § 1835); keine Ordnungsstrafen, sondern nur Klage auf Grund des Festsetzungsbeschlusses; s. IDR. **1** zu § 1847 Ziff. 5.

§ 1848. v. Blume Note 4 zu § 1848: Die Haftung des Vormundschaftsrichters kann dadurch, daß der Mündel von dem Beschwerderechte nach § 59 FGG. keinen Gebrauch macht, nur ausgeschlossen werden, wenn der Mündel nach § 828 für sein Verhalten verantwortlich ist; s. IDR. **2** zu § 1848.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

§ 1849. v. Blume Note 3 vor § 1849 und Note 3 zu § 1850: Der Gemeindewaisenrat ist nicht Hilfsorgan des Vormundschaftsgerichts, vielmehr sind beide gleichgeordnete Behörden, soweit nicht durch Landesgesetz eine Aufsichtsgewalt des Gerichts gegeben ist; demnach hat der Waisenrat unbedenklich Beschwerderecht nach § 59 [9] FGG. gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts; s. IDR. **2** zu § 1849 Ziff. 1.

Der IDR. **1** zu § 1849 Ziff. 2b mitgeteilten Ansicht Plancks tritt auch v. Blume Note 2 zu § 1849 bei.

Über Organisation und Tätigkeit des Gemeindewaisenrats in Berlin: Tenney, Schmollers J. **26** 48 ff.

§ 1850. A. Engelmann, BürgR. (3) 718: Dem Gemeindewaisenrate steht kein eigenes Eingriffsrecht, sondern nur die Befugnis, aber auch die Pflicht zu, dem Vormundschaftsgerichte von Pflichtwidrigkeiten Mitteilung zu machen.

§ 1851. Nach Planck, Vorbem. VI vor § 1684 und Staudinger-Engelmann (2), Vorbem. 6 vor § 1684 ist die Bestellung eines Beistandes dem Gemeindewaisenrate nicht mitzuteilen.

V. Befreite Vormundschaft.

§ 1857. v. Blume Note 4 zu § 1857: Die die Befreiung aufhebende Verfügung hat keine rückwirkende Kraft, sie wirkt Dritten gegenüber von der Zustellung an den Vormund an.

VI. Familienrat.

Vorbemerkung: Gegenstand der Erörterung waren hauptsächlich:

1. Die Ausdehnung des Wirkungskreises des für eine Vormundschaft eingesetzten Familienrats.

2. Der Einfluß von Mängeln des Verfahrens und der Organisation auf die Gültigkeit der Beschlüsse des Familienrats: Fehlen des Antrags (s. zu § 1859); Überschreitung der Höchstzahl der Mitglieder überhaupt und bei der Beschlußfassung (s. zu §§ 1860, 1874).

§ 1858. v. Blume, Vorbem. 7 vor § 1858: Der Familienrat wird für eine bestimmte Vormundschaft oder Pflegschaft eingesetzt.

Bei einheitlicher Vormundschaftsführung über mehrere Geschwister (§ 1775) muß der Familienrat auch für die Vormundschaft über sämtliche Geschwister eingesetzt werden. Die Zuständigkeit des über eine Vormundschaft eingesetzten Familienrats erstreckt sich ohne weiteres auf die Ergänzungspflegschaft nach § 1909; für diese allein kann kein Familienrat eingesetzt werden.

v. Blume Note 8 zu § 1858: Die Einsetzung erfolgt durch Verfügung des Vormundschaftsgerichts, die ihrem Inhalte nach nicht für andere bestimmt und deshalb auch ohne Bekanntmachung wirksam ist.

§ 1859. 1. v. Blume Note 1 zu § 1859: Daß die Einsetzung eines Familienrats von Amts wegen nicht zulässig ist, ergibt sich aus Entw. I § 1713, von dem das Gesetz sachlich nicht abweichen will; der Mangel des Antrags hindert aber nicht die Gültigkeit der Einsetzung; s. JDR. **1** zu § 1859 Ziff. 3.

2. v. Blume Note 2 zu § 1859: Mitvormünder haben den Antrag gemeinschaftlich zu stellen, wenn nicht die Verwaltung geteilt ist. Der Ergänzungspfleger des § 1909 hat kein Antragsrecht, ebensowenig der Mündel selbst und sein Ehegatte; s. JDR. **1** zu § 1859 Ziff. 2.

3. Josef, DNotV3. **04** 256: Lehnt das Gericht den Antrag des Gegenvormundes auf Einsetzung eines Familienrats ab, so wird hierdurch nicht ein dem privaten Rechtsgebiete angehörendes Recht des Gegenvormundes beeinträchtigt (wie in den Fällen der §§ 1889, 1847), er macht vielmehr mit der in eigenem Namen zu erhebenden Beschwerde geltend, daß bei richtiger Würdigung der Sachlage dem Antrage hätte stattgegeben werden müssen.

§ 1860. v. Blume Note 2 zu § 1860: Bei Überschreitung der Höchstzahl der ordentlichen Mitglieder ist die Bestellung der überzähligen doch gültig, da Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen die vormundschaftsgerichtliche Anordnung nicht ohne weiteres ungültig macht. Mehr als 6 Mitglieder dürfen aber bei einem Beschlusse nicht mitwirken, sonst ist er nichtig (s. jedoch unten zu § 1874).

§ 1861. v. Blume Note 4b zu § 1861: Im Zweifel Gesamtbenennung (Gleichberechtigung aller Benannten), nicht Eventualbenennung; bei Überschreitung der Höchstzahl Auswahl durch den Vormundschaftsrichter. S. JDR. **1** zu § 1861.

§ 1862. v. Blume Note 4a zu § 1858: Aus § 1862 Abs. 2 ergibt sich das ausschließliche Bestimmungsrecht des Familienrats darüber, bis zu welcher Zahl er sich ergänzen will, falls die Zahl der durch Berufung zur Mitgliedschaft Gelangten das Höchstmaß nicht erreicht; die Bestimmung einer Mindest- oder Höchstzahl steht mithin den Eltern nicht zu.

§ 1864. v. Blume Note 2 zu § 1864: Die Bestellung eines zeitweiligen Mitglieds ist nicht deshalb ungültig, weil die Voraussetzungen des § 1864 fehlen (Beschwerde der dauernden Mitglieder nach § 20 FrGG.).

Das Amt endigt mit Erledigung der Aufgabe, Entlassung unnötig, würde auch nur gemäß § 1878 Abs. 2 durch das höhere Gericht erfolgen können; a. A.

Planck Note 3 zu § 1864: Entlassung nach Aufhören der Verhinderung des ordentlichen Mitglieds.

§ 1872. v. Blume Note 2a zu § 1872: Zu den Aufgaben des Familienrats gehört auch die Volljährigkeitserklärung, dagegen nicht solche, die dem Vormundschaftsgerichte mündigen wie unmündigen Personen gegenüber obliegen, wie Ersetzung der Zustimmungserklärung einer bevormundeten Frau nach § 1379.

§ 1874. v. Blume Note 6 zu § 1874: Auch wenn ein ungültig bestelltes Mitglied mitgewirkt hat oder Beschlußfähigkeit fehlte, bedarf es der Anfechtung des Beschlusses durch Rechtsmittel, um seine Unwirksamkeit herbeizuführen; es ergibt sich dies aus der entsprechenden Anwendung des § 551 ZPO. (§ 27 FrGG.). S. JDR. **1** zu § 1874 Note 3 und Planck Note 2 zu § 1865 (Nichtigkeit).

v. Blume Note 2 zu § 1874: Beschlußfassung durch Schriftumlauf ist ausgeschlossen. S. JDR. **2** zu § 1874.

§ 1875. v. Blume Note 3a zu § 1875: § 1875 legt die Entscheidung darüber, ob ein genügender Entschuldigungsgrund vorliegt, ausschließlich in die Hand des Vorsitzenden; ist eine Verurteilung nach § 1875 Abs. 1 nicht erfolgt, so kann der Mündel das Familienratsmitglied nicht auf Grund des § 1872 Abs. 2 wegen Ersatzes der Kosten in Anspruch nehmen.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Unter den Rechtsfolgen der Beendigung haben hauptsächlich die Möglichkeit obervormundschaftlichen Zwanges zur Einreichung der Schlußrechnung und zur Rückgabe der Bestallung sowie die Frage, ob nach BGB. dem Vormunde noch ein Anspruch auf „Entlastung" zusteht, Erörterung gefunden.

§ 1883. v. Blume Note 2a zu § 1883: Das die Vaterschaft feststellende Urteil muß nicht notwendig nach Eingehung der Ehe der Eltern des Mündels erlassen, es kann auch vor der Verheiratung wie nach Auflösung der Ehe ergangen sein; eine Verurteilung zur Unterhaltsgewährung genügt nicht, vielmehr ist rechtskräftige Feststellung der Vaterschaft erforderlich. A. A. Planck Note 2a zu § 1883, der ein nach Eingehung der Ehe erlassenes Urteil für notwendig, vorherige Verurteilung zur Anerkennung der Vaterschaft nicht für geeignet erachtet, die alsbaldige Beendigung der Vormundschaft mit der Eheschließung herbeizuführen.

§ 1884. v. Blume Note 2a zu § 1884 scheint im Falle der Volljährigkeit des verschollenen Mündels ipso jure Endigung anzunehmen: „Dem Wortlaute des § 1884 nach würde .... die Vormundschaft auch bestehen bleiben, wenn der Termin der Volljährigkeit gekommen ist. Indes ergeben Zweck und Geschichte der Bestimmung das Gegenteil. Nur die Einwirkung des Todes sollte ausgeschlossen werden. Endigt die Vormundschaft während der Verschollenheit des Mündels, so ist durch Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft zu helfen". Zweifelhaft wird aber die Ansicht v. Blumes dadurch, daß er die Meinung Plancks im Gegensatze zu der der meisten Ausleger als richtig bezeichnet: nach Planck Note 1 zu § 1884 muß das Vormundschaftsgericht im Augenblicke der Volljährigkeit die Vormundschaft aufheben.

v. Blume Note 2c: Die Aufhebung der Todeserklärung auf Grund einer Anfechtungsklage kann die Vormundschaft nicht wieder aufleben lassen.

§ 1886. 1. Entlassungsgründe.

a) OLG. **8** 361 (KG.): Eine Entfremdung zwischen Vormund und dem einen oder anderen Mündel kann jenen unter Umständen zur Fortführung der Vormundschaft ungeeignet machen.

b) BayObLG., R. **04** 140: Ungerechtfertigte Mißstimmung der Mutter gegen den pflichtgetreuen Vormund bildet an sich keinen Grund zu dessen Entlassung.

c) BayObLG. **5** 368, R. **04** 450: Entlassung des Vormundes wegen Interessengefährdung muß durch Anführung von Tatsachen genügend begründet sein.

2. Beschwerderecht.

Josef, R. **04** 248, bespricht die JDR. **2** zu § 1876 u. § 1886 Ziff. 3 mitgeteilten KG.-Beschlüsse mit folgendem Ergebnisse: Das selbständige Beschwerderecht steht dem Mündel nur zu gegen Verfügungen, die in der gegen den Mündel selbst geführten Vormundschaft ergehen, nicht aber gegen Verfügungen, die in einer über einen Dritten (z. B. über das Kind des Mündels) geführten Vormundschaft erlassen werden. Wird durch eine solche Verfügung das Recht des Mündels beeinträchtigt, so wird der Mündel bei Ausübung des Beschwerderechts durch seinen Vormund vertreten.

Soweit das Gesetz einem Geschäftsbeschränkten die Fähigkeit gibt, gewisse Rechte selbständig auszuüben, ist der Geschäftsbeschränkte zugleich in der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschwerdeberechtigt; er ist insoweit unbeschränkt prozeßfähig. Zeigt die geschäftsbeschränkte Mutter dem Gerichte Pflichtwidrigkeiten des Vormundes ihres Kindes an, so handelt sie in Ausübung der Personensorge, sie ist daher auch beschwerdeberechtigt; § 59 ist aber unanwendbar. Das KG. hätte also auch in dem JDR. **2** zu § 1886 Ziff. 3 mitgeteilten Falle die Beschwerde zulassen müssen.

Josef, DNotV3. **04** 262 ff.: Hat das Amtsgericht den Vormund, Testamentsvollstrecker, Liquidator entlassen, und wird diese Verfügung von dem Beschwerdegericht aufgehoben, so hat dies die Wirkung, als ob die angefochtene Verfügung niemals ergangen, die Entlassung niemals erfolgt wäre; die von den entlassenen Vertretern oder ihnen gegenüber in der Zeit zwischen der Entlassung und der Beschwerdeentscheidung vorgenommenen Rechtshandlungen bleiben für die Vertretenen verbindlich. (Nach § 32 FrGG. wirkt die Aufhebung einer Verfügung, durch die jemand eine Vertretungsmacht erlangt hat, nur ex nunc; hier wirkt die Aufhebung der Verfügung, durch die die Vertretungsmacht entzogen ist, ex tunc).

§ 1887. v. Blume Note II 2b zu § 1887 verlangt, daß die Erklärungen des Ehemanns über Versagung oder Widerruf der Zustimmung dem Vormundschaftsgerichte gegenüber abgegeben werden. S. JDR. **1** zu § 1887 Ziff. 2.

v. Blume a. a. O.: Der geschäftsbeschränkte Ehemann bedarf zur Erteilung seiner Zustimmung der Einwilligung des Vormundes, nicht dagegen zur Versagung oder zum Widerrufe.

§ 1889. v. Blume Note 3b zu § 1889: Ablehnungsgründe, die schon bei der Bestellung vorhanden waren und noch fortbestehen, sind als „wichtige Gründe" zur Niederlegung des Amtes zu würdigen. S. JDR. **1** zu § 1889 Ziff. 1.

v. Blume Note 4 zu § 1889: Verzögerung der Geltendmachung eines Entlassungsgrundes ist noch nicht Verzicht auf das Recht. S. JDR. **1** zu § 1889 Ziff. 1.

§ 1890. v. Blume Note 7 zu § 1890: Wird der abtretende Vormund alsbald wieder zum gesetzlichen Vertreter des (abwesenden oder geisteskranken) Mündels bestellt, so kann man die Verwaltung als nicht beendet, vielmehr als mit neuem Rechtsgrunde fortbestehend ansehen und von einer Anwendung des § 1890 absehen; sonst müßte ein Pfleger bestellt werden, da der Vormund sich nicht selbst Rechenschaft ablegen kann, weil diese Leistung ihrem Zwecke nach zwei Personen voraussetzt.

A. M. Planck Note 4 zu § 1890, der § 1890 für anwendbar, aber Pflegerbestellung für nicht erforderlich hält, da es sich um Erfüllung einer Verpflichtung handele und deshalb § 181 die Entgegennahme der Rechnungsablage und Vermögensherausgabe an sich selbst gestatte.

§ 1892. 1. Zwang.

v. Blume Note 1 u. 3 zu § 1892: Einen Zwang zur Einreichung der Rechnung kann das Vormundschaftsgericht auf den früheren Vormund nicht ausüben; die Anwendung von Ordnungsstrafen nach § 1837 und Art. 15 PrFrGG. würde voraussetzen, daß § 1892 eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Vormundes und eine Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts zur Anordnung ihm gegenüber enthielte, was der Bedeutung des § 1892 nicht entspräche. § 1892 verpflichtet den Vormund dem Mündel privatrechtlich, zum Zwecke der Rechenschaftsablegung dem Vormundschaftsgerichte die Prüfung der Schlußrechnung zu ermöglichen (§ 1892 ist eine Erweiterung des § 259). S. JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 1 u. JDR. **2** zu § 1892 Ziff. 1.

2. Keine Mitwirkung bei Aushändigung des Vermögens.

OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 354, OLG. **9** 144: Die im § 1892 dem Vormundschaftsgericht auferlegte Verpflichtung der Prüfung und Abnahme der Schlußrechnung erstreckt sich nicht auf die Aufbewahrung und Aushändigung des Mündelvermögens; diese Aufbewahrung und Aushändigung liegt auch außerhalb der Fürsorge- und Aufsichtspflicht (§§ 1837 ff.); es handelt sich also hier nicht um eine Angelegenheit des § 2 FrGG.

3. Anspruch auf Entlastung.

Nach v. Blume Note 5 zu § 1890 u. Note 6 zu § 1892 kann der Vormund nach erfolgter Rechenschaftsablegung gemäß § 368 BGB. das schriftliche Bekenntnis treuer und gewissenhafter Amtsführung (Entlastung) fordern; als Teil der Entlastung kann die Anerkennung der Richtigkeit der vorgelegten Rechnung verlangt werden, deren rechtliche Natur sich nach den allgemeinen Grundsätzen bestimmt und die nicht notwendig ein abstraktes negatives Anerkenntnis bedeutet.

A. M. Fuchs, ZBlFrG. **5** 232 (aus § 368 folge nur Recht auf Quittung bei der Vermögensherausgabe).

*Thurow, R. **04** 356: Der zur Rechnungslegung Verpflichtete hat keinen Anspruch auf Entlastung. § 256 ZPO. gewährt nur bei Beanstandung der Verwaltung Schutz, nicht auch bei bloßer Weigerung ohne Angabe von Gründen, Entlastung zu erteilen. § 368 kann nicht herangezogen werden, da eine nach diesem Paragraphen erzwingbare Quittung inhaltlich mit Entlastungserteilung nicht identisch zu sein braucht. S. auch o. zu § 259.

OLG. **9** 145, SeuffA. **59** 411 (Cassel): Eine durch das Vormundschaftsgericht oder ein ersuchtes Gericht aufzunehmende Erklärung des früheren Mündels, daß er den Vormund „entlaste", liegt, als nicht im Gesetz vorgeschrieben, außerhalb der vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit und ist deshalb unzulässig; das ersuchte Gericht kann deshalb die Aufnahme ablehnen, während es ein Ersuchen um Entgegennahme einer Verzichtserklärung hinsichtlich der Schlußrechnung zu erledigen hat. S. JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 2b u. 3b.

§ 1893. 1. Fortführung der Geschäfte.

a) OLG. Colmar, ElsLothrNotZ. **24** 313: Der Vormund, der von der Beendigung der Vormundschaft Kenntnis erlangt (und die Bestallung abgeliefert) hat, hat keine Vertretungsmacht, insbesondere kein Beschwerderecht namens des Mündels, mehr; für eine Geschäftsführung ohne Auftrag ist hier, wo es sich um Ausübung der Vertretungsmacht auf Grund eines Amtes handelt, kein Raum.

b) v. Blume Note 2a zu § 1893: Die Haftung des Vormundes für die Erledigung der ohne Amt geführten Geschäfte bestimmt sich in jedem Falle nach den Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung, nicht nach § 1833.

c) v. Blume Note 5 zu § 1789 wendet §§ 1893, 1682 (Fortführung der Geschäfte bis zur erlangten Kenntnis) auf den Fall an, daß die Bestellung zum Vormund unwirksam war.

2. Pflicht zur Rückgabe der Bestallung.

a) *Thiesing, R. **04** 478: Wenngleich nach der richtigen Meinung das Vormundschaftsgericht schon auf Grund des BGB. den gewesenen Vormund zur Rückgabe der Bestallung und zur Einreichung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen anhalten kann, da es ja auch zur Erteilung dieser Anordnungen trotz Beendigung des vormundschaftlichen Amtes berechtigt ist; so ist diese Strafbefugnis für manche Bundesstaaten landesgesetzlich jedenfalls völlig außer Zweifel gestellt. So in Preußen durch Art. 15 FrGG., dessen Voraussetzungen hier vorliegen, da eine vom Willen des Vormundes ausschließlich abhängige Handlung in Frage kommt, ferner die ihm durch die Verfügung auferlegte Verpflichtung nicht willkürlich vom Richter geschaffen ist, sondern in den §§ 1892, 1893 BGB. ihren gesetzlichen Grund hat und eine reichsgesetzliche Schranke nicht entgegensteht. Vgl. auch HessAGRFrGG. Art. 31. S. IDR. **1** zu § 1893 Ziff. 2 u. IDR. **2** zu § 1893.

b) Josef, R. **04** 548: Die Verpflichtung zur Rückgabe der Bestallung ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber dem Vormundschaftsgericht, und deshalb sind zur Erzwingung derselben die Befugnisse des Gerichts nach § 1837 über das Bestehen des vormundschaftlichen Amtes hinaus erweitert. Dagegen ist die Rechnungslegung nur eine privatrechtliche Pflicht gegenüber dem Mündel, wobei das Gericht nur eine vermittelnde Tätigkeit, keine Zwangsgewalt ausübt.

Für Zwangsmittel zur Rückgabe der Bestallung auch v. Blume Note 4 zu § 1893.

c) Aus § 1893 Abs. 2 folgert KG., KGBl. **03** 11, daß der Grundbuchrichter, wenn ihm die Bestallung vorgelegt wird, daraus, falls nicht besondere Umstände entgegenstehen, entnehmen darf, daß das Amt bisher nicht erloschen ist.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1896. 1. v. Liszt, KrimPsychMSchr. **1** 12, spricht sich de lege ferenda dafür aus, daß gegen Geisteskranke und vermindert Zurechnungsfähige im Falle der Gemeingefährlichkeit zur Sicherung der Gesellschaft die dauernde Verwahrung in einer Anstalt oder Überwachung in einer Familie zuzulassen und die Anordnung hierüber im Entmündigungsverfahren (nicht im Strafverfahren) zu treffen sei, da auch in der Regel Vormundsbestellung wegen mangelnder Fähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten erforderlich sein werde, auch bei Unterbringung eines nur Minderzurechnungsfähigen die Verwaltung eines großen Vermögens durch den Verwahrten selbst nicht nur dessen Interesse, sondern auch dem Anstaltszwecke zuwiderlaufe, demselben auch nicht die Sorge für Person und Vermögen der Kinder überlassen bleiben könne; als weiteren Grund für die Notwendigkeit einer Entmündigung und Vormundsbestellung führt er an, daß die Aufhebung der die Verwahrung anordnenden Entscheidnung durch den Internierten selbst nur schwer herbeigeführt werden könne, hier also der Vormund zur Wahrung der bürgerlichen Freiheit am Platze sei.

Hafter, KrimPsychMSchr. **1** 77 ff., schließt sich den v. Lisztschen Vorschlägen an: Hat der Strafrichter einen gemeingefährlichen vermindert Zurechnungsfähigen verurteilt, so soll er seine Entmündigung veranlassen, und die Vormundschaftsbehörde verfügt dann nach erneuter Prüfung nötigenfalls die Anstaltsverwahrung, sowie demnächst nach Wegfall des Grundes der Verwahrung die Entlassung aus der Anstalt.

A. A. Delbrück, KrimPsychMSchr. **1** 121 ff., der sich gegen die Verquickung von Unterbringung und Entmündigung wendet: Die Entmündigung soll den Kranken vor seinen Mitmenschen, die Unterbringung soll die Gesellschaft vor dem Kranken schützen; außerdem wird der Strafrichter viel eher einen Verbrecher

für nicht zurechnungsfähig halten, wenn er sicher ist, daß gleich wohl die Gesellschaft vor ihm geschützt wird, indem das Strafgericht selbst über die Unterbringung entscheidet.

Landsberg, R. **04** 345 ff., spricht sich gegen Entmündigung und Bevormundung der gemeingefährlichen Minderzurechnungsfähigen und für Unterbringung im Polizeiwege (Verwaltungsgerichtsbarkeit) aus.

Über diese Frage hat sich der 27. Deutsche Juristentag (DJZ. **04** 968, R. **04** 474, BayNotZ. **5** 247) dahin ausgesprochen, daß als Anordnungen in bezug auf geistig Minderwerte Verwahrung in Anstalten, Unterbringung in Familien, Pflegerbestellung zuzulassen, die Notwendigkeit solcher Sicherungsmaßnahmen aber durch besonderes Verfahren festzustellen sei, das vom Entmündigungsverfahren getrennt werden müsse.

2. Eichbaum, HessRspr. **5** 66: Auch Minderjährige können entmündigt werden, und zwar aus § 6 Ziff. 1, 2, 3. (Auch der Minderjährige büßt durch den Eintritt der Geisteskrankheit an Fähigkeit zur Besorgung seiner Angelegenheiten ein (auch der „faktischen" Angelegenheiten); auch braucht die Geistesstörung nicht Alleinursache der Unfähigkeit im Sinne vom § 6 [1] zu sein, es ist überhaupt nicht begriffliches Erfordernis der Entmündigung, daß sie auf die Geschäftsfähigkeit einwirkt.) Zweck: § 1325 verb. m. § 1303; § 2229; Ermöglichung eines Gewaltverhältnisses unmittelbar nach Eintritt der Volljährigkeit s. a. v. Blume Note 2a u. b zu § 1896.

§ 1901. Olshausen (7) Note 14 zu § 65 StGB.: Der entmündigte Verschwender oder Trinker verliert nicht seine Strafantragsberechtigung.

Der JDR. **1** zu § 1901 Abs. 2 mitgeteilte Beschluß des BayObLG. findet sich auch SeuffBl. **04** 43.

§ 1903. v. Blume, Note 5 zu § 1903: Ist die nach § 1903 Abs. 2 hindernde Tatsache vor der Bestellung des Vaters als Vormund wieder weggefallen (Beendigung des Konkurses, Aufhebung der Entmündigung des Vaters oder des Adoptivverhältnisses des Kindes), so tritt die Fähigkeit des Vaters zu befreiter Vormundschaft nur dann von selbst wieder ein, wenn er als Vater des minderjährigen Kindes die Vermögensverwaltung wieder erhalten hat oder haben würde. Planck, Note 4a zu § 1903 hält den vor der Bestellung des Vaters zum Vormunde beendeten Konkurs für einflußlos.

v. Blume u. Planck a. a. O. halten den § 1647 Abs. 2 für entsprechend anwendbar, das Vormundschaftsgericht also für befugt, dem Vater nach der (vor oder während der Vormundschaftsführung erfolgten) Beendigung des Konkurses die Befreiungen wieder einzuräumen.

§ 1904. v. Blume Note 2c zu § 1904: In den Fällen, in denen der Mutter während der Minderjährigkeit des Mündels die Vermögensverwaltung nur deshalb nicht zusteht, weil der Vater die elterliche Gewalt hat (z. B. § 1685), kommen ihr als Vormund des volljährigen Mündels die Befreiungen zu; z. B. wenn sie zum Vormunde bestellt wird, weil der Vater wegen zu hohen Alters die Vormundschaft abgelehnt hat.

A. A. Planck, Note 2 α δ zu § 1904: Die befreite Stellung kommt der Mutter nicht zu, wenn sie nach Scheidung der Ehe mit dem Vater zum Vormunde bestellt wird (arg. § 1685).

§ 1906. 1. Bedeutung des Fehlens der Voraussetzungen.

a) v. Blume, Note 3 zu § 1906 und Note 4b zu § 1789: Der Mangel eines formgerechten Entmündigungsantrags hindert die Gültigkeit der vorläufigen Vormundschaft, da diese nach § 1908 endigt, wenn der Entmündigungsantrag beseitigt ist. Dagegen kann der Mangel eines Bedürfnisses zur Anordnung nur

im Beschwerdewege, nicht im Prozesse genügt werden; s. JDR. **1** zu § 1906 Ziff. 2 b, c, d.

b) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1774 Ziff. 7 b: Da die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit lediglich Folge der Stellung unter vorläufige Vormundschaft ist, so kann gegen den Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht eingewendet werden, es seien die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 1906 nicht gegeben gewesen. § 114 enthält eine von Planck Note 3 a. E. anscheinend übersehene Ausnahme von dem Grundsatze, daß die Geschäftsfähigkeit einer Person durch die Tatsache der Vormundschafts- oder Pflegschaftsanordnung nicht berührt wird.

2. Beginn der Wirksamkeit.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 108, hält in einem Falle, in dem die den Beginn der Wirksamkeit der vorläufigen Vormundschaft begründende Zustellung der vormundschaftsgerichtlichen Verfügung mangelhaft war, diese Zustellung aber in dem Beschwerdeverfahren über diese Verfügung als ausreichend erachtet und auch von dem vorläufig Bevormundeten nicht beanstandet war, auch den Prozeßrichter gebunden, diese Zustellung als Beginn der Wirksamkeit der vorläufigen Vormundschaft zu betrachten.

b) LG. Stettin, PosMschr. **04** 144: Die Frist für die sofortige Beschwerde gegen den eine vorläufige Vormundschaft über einen wegen Geisteskrankheit zu Entmündigenden anordnenden Beschluß beginnt erst mit der Vormundsbestellung als dem Zeitpunkte seiner Wirksamkeit (§ 52 FGG.), nicht schon mit dem Zustellungstage.

→ Es ist nicht erörtert, inwiefern diese Ansicht mit § 22 Abs. 1 Satz 2 FGG. vereinbar ist. Daß die Frist für die Beschwerde vor der Wirksamkeit beginnen kann, zeigt z. B. § 56 Abs. 2 FGG. — Red. ←

3. BayObLG. **5** 185, R. **04** 282: Die Stellung unter vorläufige Vormundschaft ist keine Verfügungsbeschränkung und eignet sich nicht zur Eintragung in das Grundbuch.

§ 1908. v. Blume Note 2 a zu § 1908: Liegt zur Zeit der Rücknahme des Antrags ein zweiter, von anderer Seite gültig gestellter Entmündigungsantrag vor, so besteht die vorläufige Vormundschaft weiter; wird ein solcher erst später gestellt, so bedarf es der Neuanordnung.

Gegen den JDR. **2** zu § 1908 mitgeteilten KG.-Beschluß, der dem Vormund das Recht zur Beschwerde gegen eine die vorläufige Vormundschaft aufhebende Verfügung versagt, da er selbst kein Recht auf Fortbestand der Vormundschaft habe und zur Vertretung des Mündels nicht mehr befugt sei, wendet sich Josef, DNotV3. **04** 257 ff., und kommt zu folgendem Ergebnis: Eine Verfügung, durch die eine vorläufige oder endgültige Vormundschaft aufgehoben wird, tritt zwar mit der Bekanntmachung an den Vormund oder an den Mündel in Wirksamkeit. Die Aufhebungsverfügung ist aber beschränkend dahin auszulegen, daß der Vormund berechtigt ist, gegen sie — also gegen die Entziehung des vormundschaftlichen Schutzes — namens des Mündels Beschwerde einzulegen. Es kann nicht die Absicht des Gesetzes und des Gerichts sein, das allgemein durch den Vormund auszuübende Beschwerderecht des Mündels gerade für den wichtigsten Fall der gänzlichen Entziehung des vormundschaftlichen Schutzes zu vereiteln, so daß er auf den guten Willen anderer (§ 57 $^{1, 2, 9}$ FGG.) angewiesen wäre. Auch aus eigenem Rechte steht dem Vormunde die Beschwerde zu; denn er hat ein Recht, daß ihm sein Amt nicht aus einem ungerechtfertigten Grunde entzogen werde, und dieses Recht ist durch die Aufhebung der Vormundschaft beeinträchtigt.

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Der Unterschied zwischen Vormundschaft und Pflegschaft, der mit dem Gegensatze vom Allgemeinen zum Besonderen nicht erschöpfend bezeichnet wird, wurde mehrfach erörtert, weiter aus dem Kreise der die Pflegschaft im allgemeinen berührenden Fragen die Wirksamkeit der Pflegschaftsanordnung trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen und die Nachprüfung der Pflegschaftsanordnung durch das Prozeßgericht (s. zu § 1909 Ziff. 1, 2, 3, 7c).

Die einzelnen Pflegschaftsfälle haben ebenfalls mannigfache Behandlung erfahren:

1. § 1909: Pflegschaft zum Zwecke der Stellung eines Strafantrags, die im Falle tatsächlicher oder rechtlicher Verhinderung des Vormundes wie nach erfolgter Entziehung der Vertretungsmacht wegen pflichtwidrigen Unterlassens des Strafantrags für zulässig erachtet wird.
2. § 1910: Pflegschaft für entmündigungsreife Geisteskranke zur Besorgung einzelner Angelegenheiten und Unmöglichkeit der Verständigung mit denselben.
3. § 1913: Möglichkeit der Pflegschaft bei' gleichzeitigem Interesse des Unbekannten und des Dritten.
4. § 1914: Rechtsnatur des Sammelvermögens; Begriff der öffentlichen Sammlung; Wegfall der sämtlichen Verwalter durch Tod, Beschränkung der Geschäftsfähigkeit oder begründete freiwillige Aufgabe der Tätigkeit als Voraussetzung der Pflegerbestellung; die Befugnisse des Pflegers (Prozeßvertretung, Fortsetzung der Sammeltätigkeit).

Literatur: Geigel, Puchelts Z. **35** 105 ff., Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Unternehmungen. — Haidlen, Jurist.-psychiatr. Grenzfragen II 3 ff., Vormundschaft oder Pflegschaft. — Hermann, WürttZ. **46** 231, Abwesenheitspflegschaft. — Kleemann, Pflegschaft für ein Sammelvermögen. — Natter, WürttJ. **46** 194, Aufschub der Eventualteilung. — Salinger, KGBl. **04** 28 ff., Prüfung der Legitimation der gesetzlichen Vertreter.

§ 1909. 1. Verhältnis der Vormundschaft zur Pflegschaft.

a) Über den Gegensatz von Vormundschaft und Pflegschaft: v. Blume, Vorbem. zum 3. Abschn. Ziff. 2 und Vorbem. 2 vor § 1909: Die Pflegschaft kann ebenso umfassend sein wie die Vormundschaft (z. B. § 1910), der Unterschied liegt im Zwecke, indem die Vormundschaft Ersatz für den Mangel an Geschäftsfähigkeit gewähren, die Pflegschaft die aus anderen Gründen benötigte Fürsorge für einen Geschäftsfähigen oder nicht genügend versorgten Geschäftsunfähigen oder ein fürsorgebedürftiges Vermögen darstellen soll; daher ist allerdings die Vormundschaft grundsätzlich eine allgemeine Fürsorge, während der Umfang der Pflegschaft sich jeweilig aus ihrem Zwecke ergibt, aber der begriffliche Gegensatz ist nicht der der allgemeinen und der besonderen Fürsorge.

b) Staudinger-Engelmann (2) Vorbem. 2 g vor § 1773 erblickt den Gegensatz in der allgemeinen Fürsorge und der für einzelne Angelegenheiten oder einen Kreis von solchen und betrachtet § 1909 Abs. 3 und 1910 Abs. 1 als Ausnahmen von diesem Grundsatze.

c) Eck, Vorträge II 534: Vormundschaft ist nur diejenige allgemeine Fürsorge, die für geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Personen stattfindet; dagegen Pflegschaft jede sonstige Fürsorge, also nicht nur die auf gewisse Angelegenheiten beschränkte, sondern auch eine allgemeine Fürsorge, wenn sie nur eben für andere Personen als Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige geübt wird.

Leonhard, ebenda (Anmerkung), will nicht wie Eck alles Gewicht auf die Personen, denen die Fürsorgepflicht dient, gelegt wissen, ihm ist Vormund der mit den vollkommensten Befugnissen ausgestattete Fürsorger, Pfleger aber ein solcher, dessen Befugnisse durch den besonderen Zweck seiner Fürsorgepflicht beschränkt sind; jener verlangt nur die Ausschließung oder Beschränkung der Ge-

schäftsfähigkeit, in allen anderen Fällen hängt Umfang und Inhalt von dem Bedürfnis ab; Leonhard hält den Unterschied zwischen Vormund und Pfleger überhaupt nicht mehr als durch ein sachliches Bedürfnis geboten, sondern nur durch die Macht der Gewohnheit aufgedrängt.

d) Nach Cosack (4) II 667 unterscheidet sich die Pflegschaft von der Vormundschaft dadurch, daß sie 1. entweder Spezialfürsorge ist, oder 2. eine allgemeine Fürsorge für volljährige Geschäftsfähige darstellt. Bei Vormundschaft trägt etwaige Beschränkung Ausnahmecharakter, bei Spezialpflegschaft ist die Beschränkung wesentlich.

2. Wirksamkeit der Pflegschaft trotz Fehlens der Voraussetzungen.

v. Blume Note IV zu § 1909: Die Pflegerbestellung ist trotz Fehlens der Voraussetzungen des § 1909 wirksam; eine Ausnahme bildet nur das Fehlen der Voraussetzung der Unmündigkeit des Pfleglings, da nach § 1918 die Ergänzungspflegschaft mit der Beendigung der Vormundschaft oder elterlichen Gewalt endet und deshalb auch eine irrtümlich über einen mündigen Volljährigen angeordnete Pflegschaft unwirksam sein muß. S. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 2d und oben zu § 1774 Ziff. 2.

3. Nachprüfung durch das Prozeßgericht.

Salinger, KGBl. **04** 29: Hält das Prozeßgericht statt des auftretenden Gewalthabers einen Vormund oder Pfleger für notwendig, lehnen aber das Vormundschaftsgericht und die übergeordneten Instanzen die Anordnung der Vormundschaft oder Pflegschaft ab, so hat das Prozeßgericht sich dieser negativen Entscheidung ebenso zu fügen, als wenn umgekehrt das Vormundschaftsgericht die Vormundschaft oder Pflegschaft positiv für erforderlich erachtet, das Prozeßgericht aber nicht.

4. Umfang des Wirkungskreises.

OLG. 8 270 (KG.): Ist die genaue Begrenzung des Wirkungskreises des Pflegers bei der Bestellung und in der Bestallung nicht angegeben, so ist der Umfang der Rechte und Pflichten des Pflegers durch verständige Auslegung der Anordnung und aus dem Zwecke der Pflegschaft zu bemessen.

5. Pflegschaft für einen Rechtsstreit.

v. Blume Note II 1 a. E. zu § 1909: Ein Pfleger zur Vertretung des Mündels in einem gegen diesen anhängigen Rechtsstreit ist auch dann zu bestellen, wenn die Sache des Mündels aussichtslos erscheint. Handelt es sich um eine im Namen des Mündels zu erhebende Klage, so werden sich allerdings die Fragen des Pflegschaftsbedürfnisses und der Notwendigkeit der Rechtsverfolgung nicht trennen lassen. S. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 2a und **2** zu § 1909 Ziff. 2a u. 8b Abs. 2.

6. Pflegschaft zur Einlegung weiterer Beschwerde.

OLG. 8 363, KGJ. **27** A 178 (KG.): Wenn das Vormundschaftsgericht einen Antrag des Vormundes auf obervormundschaftliche Genehmigung abgelehnt, das Beschwerdegericht aber ihm stattgegeben hat, so kann nicht ein Pfleger zur Einlegung der weiteren Beschwerde bestellt werden, da kein Interessenwiderstreit zwischen Vormund und Mündel besteht, sondern nur der von dem Vormund und Beschwerdegericht abweichenden Ansicht des Vormundschaftsgerichts zum Siege verholfen werden soll; der Vormund ist nicht „verhindert", die Angelegenheit des Mündels im entgegengesetzten Sinne wahrzunehmen; deshalb wurde die weitere Beschwerde wegen fehlender Legitimation des Pflegers zurückgewiesen. A. A. KG. JDR. **2** zu § 1909 4a, welches auch OLG. **8** 364 mitgeteilt ist.

7. Pflegschaft zur Stellung eines Strafantrags.

a) Olshausen (7) zu § 65 Note 6 u. 7: Pflegerbestellung zum Zwecke

der Stellung eines Strafantrags in Fällen tatsächlicher und rechtlicher Verhinderung des gesetzlichen Vertreters (Abwesenheit, Strafantrag gegen den gesetzlichen Vertreter selbst, nicht schon im Falle des Strafantrags gegen den Ehegatten desselben). Pflichtwidrige Unterlassung des Strafantrags des rechtlich nicht behinderten Vertreters kann zur Entziehung der Vertretungsmacht führen; sonst kann ihm kein Pfleger lediglich zwecks Antragstellung zur Seite gesetzt werden.

b) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1666 III A 2a unterscheidet den Fall, daß der Vater die Stellung des Strafantrags gegen einen Fremden wegen einer gegen das Kind begangenen Straftat mißbräuchlich unterläßt, und den Fall, daß die Straftat von dem Vater selbst oder einer der im § 1795 1 genannten Personen begangen ist und der Strafantrag unterbleibt, in jenem Falle kann Entziehung der Vertretung auf Grund des § 1666, in letzterem Falle auf Grund der §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1796 erfolgen. S. IDR. **1** zu § 1909 Ziff. 8 und **2** zu § 1909 Ziff. 8b.

c) **RG.** (Strafs.) **35** 47: Zu den Maßregeln nach § 1666 BGB. gehört auch die, die Entscheidung über die Stellung des Strafantrags wegen einer gegen das Kind begangenen Straftat dem pflichtwidrig sich verhaltenden Vater zu entziehen und einem Pfleger zu übertragen; damit ist der Vater in der Ausübung der elterlichen Gewalt teilweise beschränkt und hinsichtlich der Vertretung insoweit rechtlich behindert, also die Voraussetzung des § 1909 BGB. gegeben (vgl. dazu IDR. **2** zu § 1909 Ziff. 8b). Der Strafrichter hat nur zu prüfen, ob die Pflegerbestellung innerhalb der gesetzlichen Befugnisse des Vormundschaftsgerichts lag; dagegen nicht die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit dieses Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit, oder das dabei beobachtete Verfahren, da die in ein besonders geregeltes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesene Entscheidung innerhalb desselben durch Rechtsmittel anfechtbar ist, aber nach außen als rechtswirksam gilt, solange als sie besteht. Vgl. IDR. **1** zu § 1774 Ziff. 1 und IDR. **2** zu § 1774 Ziff. 1 und oben zu § 1774 Ziff. 3.

8. Pflegschaft betreffs Erbteilung.

Natter, WürttZ. **46** 194: Der Pflegerbestellung bedarf es nach BGB. nur zum Abschlusse des Vertrags, durch den der Aufschub der Erbteilung zwischen dem überlebenden Elternteil und den Kindern vereinbart wird, so daß diese Pflegschaft mit dem Vertragsabschlusse kraft Gesetzes, ohne Aufhebung endet (§ 1918 Abs. 3), während früher in Württemberg der bestellte Pfleger die Vermögensverwaltung des Elternteils zu überwachen und nötigenfalls Sicherungsmaßregeln zu veranlassen hatte (s. IDR. **2** zu § 1909 Ziff. 3c). A.M. v. Dambach, WürttZ. **46** 326 ff.: Die Pflegschaft bleibt bis zum Vollzuge der Auseinandersetzung bestehen, damit jederzeit der Antrag auf Teilung gestellt werden kann; auch erscheint die Überwachung des Elternteils durch den Pfleger als etwas Selbstverständliches.

9. Vorläufige Pflegschaft.

Entgegen der IDR. **1** zu § 1909 Ziff. 9 mitgeteilten Ansicht spricht sich v. **Blume** zu §§ 1909 III, 1915 Note 3b gegen die Zulässigkeit einer „vorläufigen Pflegschaft", insbesondere einer solchen mit der Wirkung des § 114 BGB. aus, da § 1909 Mangel in der Geschäftsfähigkeit voraussetze, den die vorläufige Vormundschaft nach § 1906 erst zur Folge habe. Auch KGJ. **27** A 164 spricht bei Erörterung der vorläufigen Maßregeln nach Art. 23 Abs. 2 EGBGB. dahin aus, daß das Gesetz eine vorläufige oder einstweilige Pflegschaft nicht kenne.

10. OLG. **8** 186 (Dresden): Mangel der Pflegerbestellung beim Erwerb eines Grundstücks des Vaters seitens des Kindes beseitigt nach erfolgter Eintragung des Kindes als Eigentümer nicht die gesetzliche Vermutung des § 891, solange nicht die nachträgliche Genehmigung des zu bestellenden Pflegers

sowie des Vormundschaftsgerichts (§§ 108, 1821⁴, 1915) verweigert ist, da erst mit diesem Zeitpunkte das Rechtsgeschäft von Anfang an rechtsunwirksam wird.

§ 1910. 1. Pflegschaft über entmündigungsreife Geisteskranke.

a) Haidlen, Jur.-psychiatr. Grenzfr. II 3 ff.: Es ist zulässig, bei einem dauernd Geisteskranken, der geschäftsunfähig ist, von Entmündigung und Vormundschaft abzusehen und dem hervortretenden Vertretungsbedürfnis sowohl durch eine sich auf sämtliche (→ § 1910 Abs. 2. — Red. ←) Angelegenheiten des Kranken erstreckende Pflegschaft als auch durch eine Pflegschaft für den einzelnen Fall zu entsprechen; hieraus ergibt sich, daß ein gleiches auch bei einem nur vorübergehend Geisteskranken gelten muß. Die Wahl der Vormundschaft oder Pflegschaft hängt von der Lage des Einzelfalles ab: bei apathischen Geisteskranken, die nach Beruf oder Geschlecht am Rechtsverkehre wenig beteiligt sind, genügt meist Pflegschaft, falls nicht ernstere Kollisionen der Interessen des Kranken und seiner Angehörigen und zwischen Rechtshandlungen des Kranken, der nicht immer geschäftsunfähig ist und dessen Geschäftsfähigkeit durch die Pflegschaft nicht berührt wird, und denen des Pflegers zu befürchten sind; in allen anderen Fällen ist Entmündigung und Vormundschaft angezeigt.

b) v. Blume Note 2 b zu § 1910 u. Note 1 zu § 1896: Pflegschaft für einen Geisteskranken auch bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Entmündigung zulässig, wenn nur eine Fürsorge in einzelnen Angelegenheiten nötig ist.

c) Die IDR. **2** zu § 1910 Ziff. 1a mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch SeuffA. **59** 22.

2. Möglichkeit der Bevollmächtigung.

v. Blume Note 2 b a. E. zu § 1910: Ein Pflegschaftsbedürfnis fehlt, wenn der Gebrechliche einen Vertreter bestellen und beaufsichtigen kann. S. IDR. **1** zu § 1910 Ziff. 2.

3. v. Blume a. a. O.: Bloße Erschwerung des Verkehrs (Schwerhörigkeit) genügt nicht. A. A. Planck Note 2 b zu § 1910, s. IDR. **1** zu § 1910 Ziff. 3.

4. Pfleger für einen Stummen zur Auflassung.

Fürst, BadNotZ. **2** 24: Da die Auflassung mündlich erklärt werden muß, so bedarf es, wenn ein Beteiligter stumm ist, der Bestellung eines Bevollmächtigten oder eines Pflegers gemäß § 1910, während Zuziehung eines Dolmetschers nicht genügt, da dieser nicht Vertreter im Willen oder der Erklärung, sondern lediglich Übersetzer ist. Dagegen Josef, BadNotZ. **2** 87, der Zuziehung eines Dolmetschers oder zweier Zeugen (§§ 178, 169 FrGG.) für genügend hält.

5. Strafantragsrecht des Pflegers.

Ein nach §§ 1910 ff. bestellter Pfleger ist innerhalb des Kreises seiner Fürsorge zur Stellung des Strafantrags befugt (analoge Ausdehnung des im § 65 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2 StrGB. erkennbaren Prinzips). Olshausen (7) Note 16 zu § 65 StGB.

6. Abs. 3. Verständigung.

Haidlen, Jur.-psychiatr. Grenzfr. II 6 ff.: Unter „Verständigung" ist nicht eine äußerlich durch das Gehör vermittelte Kundgebuug, die regelmäßig auch bei Geschäftsunfähigen möglich ist, sondern eine rechtlich gültige und wirksame Zustimmungserklärung, wie sie nur ein Geschäftsfähiger abgeben kann, gemeint; mit einem geschäftsunfähigen Geisteskranken ist also eine Verständigung nicht möglich. Es handelt sich also um etwas ganz anderes als bei der im Entmündigungsverfahren vorgeschriebenen Vernehmung, die nur dem Gericht ein Bild über den Geisteszustand gewähren soll. S. IDR. **1** zu § 1910 Ziff. 5 b u. **2** zu § 1910 Ziff. 5.

Kreuser, Jur.-psychiatr. Grenzfr. **2** 30: Bei Paranoiikern ist Pflegschaft wenig geeignet; Einverständnis wird kaum zu erzielen und ebenso selten Unmöglichkeit einer Verständigung anzunehmen sein.

§ 1911. 1. Monich, Buschs Z. **33** 67: Die Pflegschaften nach §§ 1911—1914 sind Beispiele dafür, daß derjenige, dessen Einzelinteresse wegen eines Gemeininteresses geschützt werden soll, da es sich nur um Interessen-, nicht um Sonderrechtsschutz handelt, eine nicht rechtsfähige, individuell nicht bestimmte, nur möglicherweise existierende, unbekannte, abwesende, zukünftige Person sein kann; s. auch a. a. O. 49, 60[14].

2. Begriff der Abwesenheit.

v. Blume Note 2a zu § 1911: Die Frage, ob Abwesenheit Nichtanwesenheit am Wohnsitze bedeutet, ist für Abs. 1 des § 1911 belanglos, da dieser Nichtbekanntsein des Aufenthalts erfordert und, wenn dies Erfordernis vorliegt, unbedenklich auch Abwesenheit als vorhanden anzunehmen, der Nachweis, daß die unauffindbare Person sich entfernt habe, nicht noch zu führen ist. Im Falle des Abs. 2 wird aus dessen Fassung zu entnehmen sein, daß Abwesenheit von dem Orte, an dem eine Angelegenheit wahrzunehmen ist, nicht genügt („Rückkehr und Besorgung seiner Angelegenheiten" wäre sonst Tautologie). S. JDR. **1** zu § 1911 Ziff. 2.

3. Zuständigkeit.

a) Die JDR. **2** zu § 1911 zu Ziff. 1a u. c mitgeteilte Entscheidung findet sich BayObLG. **4** 80 u. SeuffBl. **04** 273.

b) Der JDR. **2** zu § 1911 Ziff. 1c mitgeteilten Ansicht des BayObLG. tritt Josef, R. **04** 383, unter Ablehnung der Ansicht des OLG. Karlsruhe, OLG. **4** 117, bei, da das Gericht des letzten Wohnsitzes prima facie zuständig sei, während die Zuständigkeit des durch das Fürsorgebedürfnis bestimmten Gerichts eine eingetretene Rechtsänderung zur Voraussetzung hat, die bewiesen werden müßte.

c) BayObLG. **5** 26 nimmt an, daß, wenn 10jähriger Aufenthalt des Verschollenen im Auslande feststehe und keine Anhaltspunkte für eine Eintragung in die Matrikel nach § 21 Abs. 1 Satz 3 StAngG. v. 1. 6. 70 vorliegen, Verlust der Staatsangehörigkeit anzunehmen, deshalb nicht das Gericht des letzten Wohnsitzes, sondern des Fürsorgebedürfnisses zuständig sei.

4. Beistand im Strafverfahren.

Witte, GoltdA. **47** 198: Der Pfleger eines Abwesenden, gegen den ein Strafverfahren stattfindet, ist nicht gesetzlicher Vertreter im Sinne der § 149 Abs. 2 StPO. (Art. 35 EGBGB.), da die Pflegschaft nur die Vermögensangelegenheiten umfaßt.

§ 1912. 1. Güterpflegschaft.

v. Blume Note 1 vor § 1909 und Note 1 zu § 1912: Die Pflegschaft des § 1912 ist Güterpflegschaft; da der Träger des vorbehaltenen Rechtes noch fehlt, wird ein einstweiliger Träger bestellt, der das Recht zu treuen Händen erhält, Treuhänder, nicht Vertreter des Ungeborenen ist, weshalb keine Personalpflegschaft vorliegt (s. JDR. **1** zu § 1912 Ziff. 3). v. Blume gibt deshalb dem Pfleger, wenn der Leibesfrucht eine Erbschaft ➞ in diesem Falle wird überhaupt kein Pfleger nach § 1912, sondern ein Nachlaßpfleger nach § 1960 zu bestellen sein. — Red. ← angefallen ist, die Erbenstellung mit der Befugnis, sie auszuschlagen oder anzunehmen und zu verwalten, aber eine nach jeder Richtung hin auflösend bedingte Rechtsstellung.

2. Befugnisse des Pflegers (Satz 1) und Vaters (Satz 2).

a) v. Blume Note 6 zu § 1912: Ein Vergleich über die nach der Geburt der Leibesfrucht zu zahlenden Alimente übersteigt die Zuständigkeit des Pflegers,

der nur soweit über zukünftige Rechte des Ungeborenen verfügen kann, als sie mit Vorwirkung ausgestattet sind. S. JDR. **1** zu § 1912 Ziff. 1b.

b) LG. Leipzig, ZBlFrG. **5** 387: Der Vater kann nicht seine ihm möglicherweise noch geboren werdenden Kinder kraft elterlicher Gewalt vertreten und für sie Beschwerde einlegen.

c) Herrmann, WürttZ. **46** 231: Der Vater kann nicht für seine noch nachgeboren werdenden Kinder Grundstücke erwerben; solche Rechte können auch nicht durch Vormerkung gesichert werden (§ 54 GBO. anwendbar).

3. Pflegerbestellung trotz elterlicher Gewalt.

v. Blume Note 2 zu § 1912 teilt die JDR. **1** zu § 1912 Ziff. 2a erwähnte Ansicht Plancks, daß im Falle des Fürsorgebedürfnisses ein Pfleger auch dann zu bestellen ist, wenn das Kind zwar unter elterlicher Gewalt stehen, aber nach § 1773 einen Vormund oder nach § 1909 einen Pfleger erhalten würde.

v. Blume a. a. O. hält aber die Pflegerbestellung in Fällen, in denen die Fürsorge einem Elternteile zusteht, für ungültig, während Planck Note 7 zu § 1912 die Pflegerbestellung auf Grund irriger Annahme der Unehelichkeit für wirksam und nur die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, daß das Kind ehelich und deshalb Pflegschaft nicht anzuordnen sei, nicht gegen Dritte wirksam erachtet, so daß letzterenfalls im Prozesse dem Elternteile die Legitimation bestritten werden könne.

4. v. Blume Note 6 zu § 1912: Kommt kein Kind zur Welt, so führt die Auffassung der Pflegschaft als Realpflegschaft dazu, die Verwaltungskosten demjenigen, der das Vermögen erhält, aufzubürden. Planck Note 6 zu § 1912 hält solchenfalls einen Ersatzanspruch des Pflegers in Ermangelung einer verpflichteten Person für nicht begründet, ähnlich wie der Vormund des vermögenslosen Mündels tatsächlich keinen Auslagenersatz erhält.

§ 1913. v. Blume Note 1 zu § 1913 und Note 1 vor § 1909: Pflegschaft für unbekannt ist Personalpflegschaft, Pflegschaft für ungewiß — wen Realpflegschaft; im letzteren Falle handelt es sich um Rechte, die einem künftigen Berechtigten vorbehalten werden und subjektlos wären, wenn nicht in dem Pfleger ein Rechtsträger geschaffen würde.

KGJ. **28** A 9 (KG.): Pflegschaft nach § 1913 nur einzuleiten, wenn Fürsorge im Interesse der unbekannten Beteiligten erforderlich ist; es kann aber gleichzeitig ein Interesse eines Dritten z. B. des Schuldners einer für Unbekannte eingetragenen Summe gegeben sein (Nachstandserklärung im Interesse des Schuldners, Vermeidung der Ablösung und Hinterlegung durch Gewährung des Vorranges aber möglicherweise im Interesse der Unbekannten). Beschwerde hat auch der solchenfalls rechtlich interessierte Dritte.

BayObLG. 5 59, R. **04** 141: Ist ein Wertpapier als offenes Depot bei einer Kgl. Bank hinterlegt, so kann für die unbekannten Beteiligten dann auf Antrag des Hinterlegenden ein Pfleger bestellt werden, wenn glaubhaft gemacht ist, daß der Hinterlegende noch Eigentümer des Wertpapiers ist, da hier die Unbekannten ein Interesse daran haben, daß das Papier nicht auf unbestimmte Zeit durch eine den Schutz ihres vorausgesetzten Rechtes bezweckende Maßregel dem Eigentümer vorenthalten werde.

OLG. 8 323 (KG.): Der Vorerbe hat kein Beschwerderecht gegen Anordnung einer Pflegschaft für den Nacherben aus § 1913 Satz 2, da er wohl ein Interesse daran hat, daß die Rechte des Nacherben (§§ 2121, 2122) nicht ausgeübt werden, aber kein Recht auf Nichtausübung hat; selbst die Erweiterung des Wirkungskreises des Pflegers auf Rechte, die dem Nacherben nicht zukommen, gibt dem Vorerben nur die Befugnis, solche Ansprüche des Pflegers ebenso abzuwehren, wie gegenüber dem Nacherben selbst (Rechtsweg). S. JDR. **2** zu § 1913 a. E.; die

daselbst mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. 8 325 u. BayObLG. **4** 311.

§ 1914. Kleemann, Pflegschaft für ein Sammelvermögen.

1. Rechtsnatur des Sammelvermögens.

v. Blume Note 1 zu § 1914: Das Vermögen wird den Sammlern zu treuer Hand überlassen; nach Wegfall der Sammler wird es herrenlos.

Kleemann a. a. O. 63 ff.: Das Sammelvermögen ist Eigentum der Sammler, und zwar fiduziarisches, aber nicht resolutiv bedingtes, sondern mit lediglich obligatorischer Gebundenheit. Das Komitee ist eine Gesellschaft nach §§ 705 ff., Eigentümer zur gesamten Hand (§§ 719, 738 anwendbar); die Gesellschaft ist für eine bestimmte Zeit eingegangen (kein freies Kündigungsrecht, Fortbestand beim Ausscheiden eines einzelnen [§§ 736, 737] kraft stillschweigender Vereinbarung [71 ff., 77]). Durch den Wegfall der Sammler wird das Vermögen subjektlos, die Erben der Sammler müssen es an den Pfleger herausgeben, der aber kein (fiduziarisches) Eigentum erwirbt; es ist ein Sondervermögen mit der Fähigkeit, sich durch Rechte und Verbindlichkeiten zu erweitern (89 f.).

2. Sammlung erfordert unentgeltlich geleistete Beiträge, daher § 1914 nicht auf Wohltätigkeitsbazare und Lotterien anwendbar. Kleemann a. a. O. 24 u. 10[4]; a. A. v. Blume Note 2a zu § 1914.

3. Öffentliche Sammlungen sind nach Kleemann 36 solche, die sich nicht an individuell oder nach besonderen Merkmalen bestimmte Personen, sondern an beliebige Personen, wozu auch nach allgemeinen Merkmalen bestimmte gehören, wenden; die Aufforderung geschieht regelmäßig, aber nicht notwendig öffentlich.

v. Blume Note 2a zu § 1914: Die öffentliche Sammlung kann auch in einem geschlossenen Kreise, z. B. einer Gemeinde, Versammlung stattfinden; a. A. Planck Note 1a zu § 1914.

*Geigel, Puchelts Z. **35** 107: Fällt der Zweck, für welchen gesammelt wird, in den satzungsmäßigen Bereich einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Stiftung, so hat ihr als der Geschäftsherrin der Sammler die Beiträge abzuliefern und Rechnung zu legen; in diesem Falle unterbleibt die gerichtliche Bestellung eines Pflegers. Geigel, Kirchen- u. Stiftungsr. I 93, JW. **86** 79, 421, **88** 354. Vgl. oben zum BGB. § 678.

→ Als öffentlich kann eine selbst in aller Stille vorgenommene Sammlung gelten, wenn die Beitragenden weder durch Beruf, noch Familien- oder gesellschaftliche Verhältnisse unter sich verbunden sind. ← JW. **92** 5, SeuffBl. **51** 276, Geigel, Kirchen- u. Stiftungsr. I 92.

Als „vorübergehender Zweck" könnte selbst der Bau einer Anstalt oder ein Stiftungsgeschäft erachtet werden.

4. Wegfall der Verwalter.

a) Kleemann 80 ff.: Solange noch ein Komiteemitglied vorhanden ist, findet Pflegschaft nicht statt; es haben vielmehr lediglich die übrigbleibenden Komiteemitglieder über den Ersatz der weggefallenen (Kooptation) zu beschließen. Stirbt das letzte Komiteemitglied, so geht das Eigentum des Sammelvermögens zwar auf seine Erben als fiduziarisches über, die Erben treten aber im übrigen nicht in die auf persönlichen Momenten beruhende Stellung des Sammlers ein, haben das Vermögen vielmehr an den Pfleger herauszugeben.

v. Blume Note 2d zu § 1914: Die Sammler sind weggefallen, wenn sie sämtlich gestorben sind oder anzunehmen ist, daß die Übrigbleibenden nach der Bestimmung der Geber zur Verwaltung nicht mehr berechtigt sein sollen.

b) v. Blume Note 2d zu § 1914 stellt dem Tode die Geschäftsunfähigkeit gleich, nach Kleemann 82 begründet auch beschränkte Geschäftsfähigkeit den Wegfall.

c) Kleemann 83, 71 ff.: Fortfall des Sammlers infolge freiwilliger Aufgabe seiner Tätigkeit. Das ist aber nur aus wichtigem Grunde statthaft (Krankheit, umfangreiche Berufstätigkeit); hierüber kann ein Prozeß zwischen Gebern und Sammler oder diesem und den übrigen Komiteemitgliedern geführt und für die Dauer des Prozesses bei einem Einzelsammler eine Pflegschaft angeordnet werden.

5. Befugnisse des Pflegers.

Kleemann 87 ff.: Der Pfleger hat die gleichen Rechte wie der Sammler, er hat auch die noch nicht beendete Sammeltätigkeit fortzusetzen; ist diese noch nicht begonnen, so daß noch nicht einmal Beitragszeichnungen vorliegen, so ist für Pflegschaft kein Raum. Er kann klagen gegen säumige Zeichner, gegen ihn richten sich auch die Klagen der Geber auf Erfüllung oder Rückgabe, unbeschadet der Einwirkung des Vormundschaftsgerichts bei pflichtwidrigem Verhalten.

Gegen Fortsetzung der Sammeltätigkeit durch den Pfleger v. Blume Note 5 zu § 1914.

Cosack (4) II 671: Der Pfleger ist nicht berechtigt, die Beteiligten persönlich zu verpflichten, kann nur dinglich über das gesammelte Geld verfügen.

6. Sammelvermögen im Grundbuchverkehr.

LG. Düsseldorf, RheinARV. **21** 61 ff.: Wie im Falle des § 1913 für die unbekannten Beteiligten, obgleich sie nicht rechtsfähig sind, Einträge im Grundbuch erfolgen können, so muß auch eine durch einen Pfleger nach § 1914 vertretene Vermögensmasse, obschon sie keine juristische Person ist, als Berechtigte im Grundbuch eingetragen werden können, insbesondere als Hypothekengläubigerin.

7. Kleemann 68[6]: Im Konkurse des Einzelsammlers steht den Gebern ein Aussonderungsrecht an dem Sammelvermögen zu und es kann zu dessen Geltendmachung Pflegschaft nach § 1913 eingeleitet werden.

8. Kleemann 85: Kein Beschwerderecht der Bedachten gegen Ablehnung der Pflegschaft.

§ 1915. 1. Cosack (4) II 670: Der § 1782 gilt nach § 1915 auch im Falle des § 1909; § 1916 bezieht sich nicht darauf.

2. Auch die zum Pfleger ihres Mannes bestellte Ehefrau kann sich selbst namens des Mannes die Einwilligung zu Verfügungen über eingebrachtes Gut erteilen (§ 1409 Satz 2, 1915 BGB.), so daß es nicht der Bestellung eines anderen Pflegers bedarf, KGJ. **27** A 166, OLG. **8** 344 (KG.); ebenso ZBl FrG. **5** 43.

3. BayObLG. **5** 58: Beschwerde gegen Pflegschaftsanordnung steht sowohl dem Pflegebefohlenen als dem Pfleger zu, weil durch die Anordnung nicht nur das Recht der Beteiligten, denen um fremder Interessen willen unberechtigt ein Vertreter aufgedrängt wird, als auch das Recht des Pflegers beeinträchtigt wird, der zur Wahrnehmung des Amtes, das im Gesetze für diesen Fall nicht vorgesehen ist, herangezogen wird.

4. BayObLG. **4** 255: Die Übernahme einer eingeleiteten Pflegschaft durch ein anderes Gericht kann nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, daß die Voraussetzungen für die Pflegschaftsanordnung nicht vorlagen; erst wenn die nach Lage der Verhältnisse gerechtfertigte Übernahme erfolgt ist, steht es dem Gerichte frei, die Pflegschaft aufzuheben.

§ 1917. Die JDR. **1** zu § 1917 verzeichnete Entscheidung des KG. bespricht Josef, DNotVZ. **04** 268 ff., indem er zwar dem dort mitgeteilten Satze zustimmt, aber abweichend von KG. annimmt, daß es dann, wenn ein bestellter Pfleger infolge Anordnung der Beschwerdeinstanz entlassen ist, die Anordnung des Beschwerdegerichts aber in 3. Instanz beseitigt wird, einer Pflegerbestellung nicht bedarf, vielmehr kraft Gesetzes der frühere Zustand wieder eintritt, der

entlassene Pfleger wieder Pfleger wird und ein etwa neu ernannter ohne weiteres ausscheidet.

§ 1918. 1. Abs. 1. v. Blume Note 5 zu § 1918: Nicht beendigt wird die Pflegschaft des § 1909 dadurch, daß die elterliche Gewalt ruht oder vom Vater auf die Mutter übergeht (ebensowenig wie mit dem Amte des Vormundes), wohl aber bei Beendigung der elterlichen Gewalt und Eintritt der Vormundschaft. Planck Note 2 zu § 1918 nimmt in allen diesen drei Fällen Endigung kraft Gesetzes an.

2. Abs. 2. v. Blume Note 6 zu § 1918: Im Falle der Totgeburt ist § 1918 Abs. 2 unanwendbar; s. IDR. **1** zu § 1918 a. E.

3. Abs. 3. a) LG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 156: Die zum Zwecke der Erbauseinandersetzung der Kinder mit ihrem zur weiteren Ehe schreitenden Vater eingeleitete Pflegschaft („Abteilungspfleger") endet nach § 1918 Abs. 3 kraft Gesetzes ohne Aufhebung seitens des Gerichts mit der Erledigung der Erbauseinandersetzung, d. h. der Feststellung und Aussonderung des jedem Kinde als mütterliches Erbteil zukommenden Vermögens. Die spätere Verwaltung der Erbteile gehört nicht zur Erbauseinandersetzung und wird deshalb von der Pflegschaft nicht berührt, vielmehr gebührt dem Vater die Verwaltung, da dieser weder gesetzlich verhindert, noch ihm in Ermangelung der Voraussetzungen des § 1796 die Vertretung entzogen ist.

b) v. Blume Note 4 zu § 1918: Hauptfall einer „einzelnen Angelegenheit" ist Herbeiführung eines bestimmten juristischen Erfolges, z. B. eines Vertrags, aber auch mehrerer speziell bestimmter Verträge; es gehört aber dahin auch Herbeiführung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges, z. B. im Falle des § 1914 Erreichung des vorübergehenden Zweckes der Sammlung. A. A. Planck Note 2 zu § 1919 (Endigung nur nach § 1919, da es sich im Falle des § 1914 wohl nie um eine einzelne Angelegenheit im Sinne des Gesetzes handelt.

§ 1919. v. Blume Note 1c zu § 1919 und Note 2 zu § 1921 läßt im Falle des Todes und der Todeserklärung des Pfleglings die Pflegschaft des § 1910 erst durch Aufhebung endigen; § 1921 Abs. 2 sei nur ein kasuistischer Zusatz zu § 1919 und biete kein argumentum e contrario; a. A. Planck Note 2 zu § 1920; s. IDR. **1** zu § 1919 Ziff. 2.

§ 1920. BayObLG. 5 229, SeuffA. **59** 412, R. **04** 336: Auch für einen Geistesschwachen, der weder entmündigt noch unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, darf eine Pflegschaft nach § 1910 nur mit seinem Willen angeordnet und nicht entgegen seinem Antrag auf Aufhebung aufrecht erhalten werden.

KG., ZBlFrG. **5** 414, KGJ. **28** A 176: Die Aufhebung hat ohne Rücksicht darauf zu erfolgen, ob der Fortbestand der Pflegschaft im Interesse des Pflegebefohlenen geboten, insbesondere sein Geisteszustand unverändert geblieben ist; dies gilt auch dann, wenn die Pflegschaft nach altem Rechte (§ 90 preuß. VO.) ohne Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet ist. Eventuell muß Entmündigung und Vormundsbestellung eintreten, wenn der Pflegebefohlene trotz seines Antrags auf Aufhebung der Pflegschaft noch immer „geisteskrank" und zur Besorgung seiner Angelegenheiten außerstande ist; s. auch KG., IDR. **1** zu § 1920, wo der Geisteskranke als unfähig zur Stellung des Aufhebungsantrags erachtet wird. ➵ Es ist aus der Begründung nicht ersichtlich, daß das KG. von dieser früheren Ansicht abgehen will. — Red. ⇜

Fünftes Buch. Erbrecht.

Vorbemerkung: Wie im vorigen Berichtsjahr, so finden sich auch diesmal die Literaturangaben bei den einschlägigen Titeln. Die Berücksichtigung des voriges Mal zurückgestellten Binderschen Werkes über die Rechtsstellung des Erben ist diesmal erfolgt.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1922. 1. *P. Meyer, Erbrecht § 1: Der Begriff „Erbschaft" begreift auch die Nachlaßverbindlichkeiten in sich, so daß die Haftung des Erben für diese auf dem Wesen der Erbfolge und nicht bloß auf einer positiven Bestimmung (§ 1967) beruht. Die gegenteilige Ansicht von Binder 7 ff. u. a. (vgl. JDR. **1** zu § 1922 Abs. 1) scheitert daran, daß eine Erbfolge auch dann stattfindet, wenn nur Verbindlichkeiten des Erblassers vorhanden sind. Wie Meyer, Strohal, Lessing, vgl. JDR. **2** zu § 1922.

2. Inwieweit Lebensversicherungssummen, Gnadenbezüge, Sterbekassengelder, Anteile an dem Vermögen einer Gesellschaft oder Genossenschaft, Patente, Urheber- und Verlagsrechte als Bestandteil der Nachlaßmasse zu rechnen sind, darüber s. Ausführliches bei Boschan II 281 ff.

3. *Kähler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft 39: Vererblich ist auch der Entschädigungsanspruch aus den Ges. v. 20. 5. 98 und 14. 7. 04, soweit er rechtskräftig festgestellt ist.

§ 1923. RJA. **4** 228 (KG.): § 1923 findet auf juristische Personen analoge Anwendung. Die Sonderbestimmung des § 84 für Stiftungen entspricht der Bestimmung im Abs. 2.

§ 1924. 1. Eck-Leonhard, Vortr. III 11 f.: Wenn der nähere Abkömmling zwar lebt, aber nicht zur Erbfolge gelangt, weil er ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird oder durch Testament des Erblassers ausgeschlossen ist, so tritt doch an seine Stelle der entferntere ein, da in jedem dieser drei Fälle der nicht zur Erbfolge gelangende als nicht vorhanden gilt (§§ 1953, 2344, 1938, 2309, 2320); nur beim Erbverzicht ist es anders: § 2349. Vgl. JDR. **1** zu § 1924.

2. LG. Magdeburg, NaumbAK. **04** 1: Hat der Erblasser in seinem Testamente seine Kinder auf den Pflichtteil gesetzt und sind die sonst ernannten Erben weggefallen, so steht den Enkeln des Erblassers (den Kindern seiner Kinder) ein gesetzliches Erbrecht zu, es sei denn, daß die Zuwendung des Pflichtteils im einzelnen Falle als Erbeinsetzung anzusehen wäre.

§ 1925. Zu Abs. 3. *P. Meyer, § 20 Anm. 8: An die Stelle eines weggefallenen Elternteils treten dessen Abkömmlinge nur, soweit sie mit dem Erblasser verwandt sind, also zwar an die Stelle der Mutter deren uneheliches Kind, nicht aber an die Stelle des weggefallenen Vaters das für ehelich erklärte Kind.

§ 1931. 1. Gegen Frommhold nimmt *P. Meyer § 22 Anm. 8 mit Strohal an, daß dem Ehegatten einer Putativehe, auch wenn er im guten Glauben war, ein Erbrecht nicht zukommt; die Berufung auf § 1345 sei unstatthaft; vgl. JDR. **2** zu § 1931.

2. *P. Meyer, § 22 3b: Beim nachträglichen Wegfall eines neben dem überlebenden Ehegatten zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Verwandten erhöhen sich lediglich die Erbteile der übrigen neben dem Ehegatten berufenen Verwandten und nur in Ermangelung solcher der Erbteil des Ehegatten.

3. BayObLG., R. **04** 387: Ein unter früherem Rechte, sofern dieses ein Erbrecht der Ehegatten nicht kannte, abgeschlossener Erbvertrag schließt, wenn ein Ehegatte unter neuem Rechte stirbt, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten

nur dann aus, wenn der Erbvertrag einen nach den Vorschriften des früheren Rechtes gültigen Erbverzicht enthält.

§ 1932. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 173 ff.: Das den Ehegatten zustehende Vorrecht enthebt ihn nicht der Verpflichtung, auch über den Voraus gemäß § 2027 Auskunft zu geben.

§ 1936. 1. Hörle, R. **04** 369 ff.: a) Im Falle des § 2088 wird die gesetzliche Erbfolge auch des Fiskus durch den eingesetzten Erben nicht ausgeschlossen.

b) Die Ausdehnung der Sonderbestimmungen, nach denen das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Tonkunst und der bildenden Künste nicht auf den Fiskus übergeht, sondern erlischt, und die Gläubiger des Erblassers deshalb aus dem Urheberrecht Befriedigung nicht mehr erlangen können, ist auf andere Urheberrechte und das Patentrecht nicht auszudehnen. — A. M. Meyer, Erbrecht 31, dort auch die Literatur. Wenn im Falle des § 2088 Abs. 1 der Fiskus als gesetzlicher Erbe mit anderen auf einen Bruchteil eingesetzten Erben zusammentrifft, so geht ein zum Nachlaß gehöriges Urheberrecht, da ein teilweiser Untergang des Urheberrechts füglich nicht angenommen werden kann, als Bestandteil des Nachlasses auf die Erbengemeinschaft über (Martin Wolff, Iherings J. **44** 340).

c) Im Zweifel ist Zugehörigkeit zu dem Bundesstaate anzunehmen, in dem der Erblasser nach den Erhebungen (vgl. zu §§ 1964 ff.) die Staatsangehörigkeit durch Geburt, Legitimation, Verheiratung, Naturalisation, Aufnahme oder dienstliche Anstellung erworben hat. Die bloße Möglichkeit des weiteren Erwerbs einer Bundesstaatsangehörigkeit bleibt außer Betracht. Einzelne Fälle s. daselbst 371 f.

2. *Stammler, Privilegien und Vorrechte (1903) 26: Nach EG. Art. 138 sind Privilegien für juristische Personen des öffentlichen Rechtes zulässig. Soweit solche aus alter Zeit bestehen (z. B. Danzig v. 30. 4. 1660), erhalten solche Körperschaften jetzt aber die Stellung eines Erben nach dem BGB. und nicht mehr die davon vielfach abweichende Rechtslage eines Erben nach dem Rechte zur Zeit der Erteilung des Privilegiums.

§ 1938. Vgl. o. zu § 1924.

§ 1940. BayObLG., R. **04** 530: Der dem Empfänger von Wertpapieren von der übergebenden Person erteilte Auftrag, das Vermögen für sie zu verwalten und es nach ihrem Tode den von ihr bestimmten Zwecken zuzuführen, enthält beim Mangel der vorgeschriebenen Form eine nichtige letztwillige Verfügung.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Vorbemerkung: Meyer, Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung (47 Seiten) behandelt an Beispielen die wichtigsten Fragen bei Einzelerben und Miterben, insbesondere, wie und unter welchen Voraussetzungen im Hauptprozesse, und wenn eigene Vermögensstücke des Erben gepfändet werden, die beschränkte Haftung zur Geltung gebracht werden kann, und wie, wenn beschränkte Haftung vorliegt, doch eine Schadensersatzpflicht geltend gemacht werden kann, namentlich, wenn der Erbe die Nachlaßregulierung selbst in die Hand nimmt.

Literatur: Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. II, III. — Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis I, II. — Meyer, Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung. — P. Meyer, Das Erbrecht des BGB. — Strohal, Das deutsche Erbrecht (3).

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

§ 1942. 1. Abs. 1. *P. Meyer, § 14 Anm. 27, § 35, 2g: Der Grundsatz des ipso jure-Erwerbes der Erbschaft hindert nicht die Einsetzung eines

Erben unter der Bedingung „wenn er will“; eine solche Erbeinsetzung entspricht der römischen Erbeinsetzung eines suus heres unter der Bedingung „si volet“ und bewirkt, daß die Erbschaft dem Eingesetzten erst mit dessen Erklärung und als Nacherben anfällt.

2. Abs. 2. Hörle, R. **04** 369: Der Fiskus darf auch durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht nicht verzichten, ebensowenig wie er durch Testament von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden kann (§§ 2346 Abs. 1 Satz 1, 1938). Eine von ihm als Testaments- oder Vertragserben ausgeschlagene Erbschaft muß er, wenn sie ihm als gesetzlichem Erben wieder zufällt, annehmen.

§ 1943. 1. Strohal (3) II 2: Die Versäumung der Ausschlagungsfrist steht zwar dem rechtlichen Erfolge nach der Annahme gleich, hat jedoch im Gegensatze zu dieser keinen rechtsgeschäftlichen Charakter.

2. Strohal (3) II 24 nimmt gegen Binder I 103 an, daß die Erklärung der Annahme gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen kann; sie muß dem Nachlaßgerichte zugegangen sein (§ 130).

3. KGBl. **03** 84 (KG.): Wer in Kenntnis seiner Berufung über den Nachlaß verfügt, ohne die Auffassung, daß er als Erbe handle, auszuschließen, hat den Nachlaß angetreten; insbesondere gilt dies, wenn er die Nachlaßsachen verkauft und davon den ihm nach § 1969 zukommenden Unterhalt genommen hat.

4. **RG.** JW. **04** 115: Daraus, daß dem eingesetzten Erben für den Fall der Ausschlagung der Pflichtteil als Vermächtnis zugewendet ist, ergeben sich für die Ausschlagung und deren Notwendigkeit keine Besonderheiten. Durch Annahme des Vermächtnisses kann die Ausschlagung der angefallenen Erbschaft nicht erfolgen.

§ 1944. 1. Strohal (3) II: a) Die Vorschriften über die Ausschlagungsfrist sind zwingenden Rechtes; der Erblasser kann ihre Anwendung weder ausschließen noch beschränken. — Unbenommen bleibt dem Erblasser die letztwillige Anordnung, daß die Annahme des eingesetzten Erben nur gelten solle, wenn sie innerhalb einer kürzeren als der gesetzlichen Frist erteilt werde (3).

b) Nimmt der Erbe irrtümlich an, daß er zur gesetzlichen Erbfolge berufen sei, während seine Berufung auf Verfügung von Todes wegen beruht, oder umgekehrt, so ist, solange dieser Irrtum anhält, der Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlossen (5).

c) Ist der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann für den Beginn der Ausschlagungsfrist nur die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters maßgebend sein. — Soweit sonst der Aufenthalt des Erben beim Beginn der Frist für deren Dauer entscheidend ist, kommt es in diesen Fällen nicht auf den Aufenthalt des Erben, sondern auf den des gesetzlichen Vertreters an (7).

d) Die im § 1944 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Voraussetzungen der Fristlegung brauchen nach eingetretener unbeschränkter Geschäftsfähigkeit bzw. nach dem Aufhören des Mangels der Vertretung nicht neuerdings erfüllt zu werden. Die schon vorher begonnene Ausschlagungsfrist kann ablaufen, obschon der später unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Erbe bzw. der in Betracht kommende neue gesetzliche Vertreter des noch vertretungsbedürftigen Erben die im § 1944 Abs. 2 bezeichnete Kenntnis nicht erlangt hat (9, 10). A. M. Binder I 79 ff.

2. Binder I 83 ff. leitet aus der im § 1944 angeordneten entsprechenden Anwendung des § 203 den Schluß ab, daß der Tod des Erben vor Ablauf der Ausschlagungsfrist als ein Fall der „höheren Gewalt“ aufgefaßt werden müsse. Dagegen Strohal (3) II 13 Anm. 22.

3. Meyer, Praktische Streifzüge 10: Kommt es im Prozesse darauf an, ob die Frist abgelaufen ist, so muß der, welcher daraus Rechte herleitet, den Tag der Kenntnis beweisen.

4. Breit, ZBlFrG. **4** 579, erklärt für den Fall, daß der Vormund ohne sein Verschulden an der rechtzeitigen Abgabe der Ausschlagungserklärung verhindert ist, weil die gerichtliche Genehmigung nicht rechtzeitig eingeht oder erst in der Beschwerdeinstanz erteilt wird, den in Abs. 2 Satz 3 angezogenen § 206 für entsprechend anwendbar, während Eccius, Gruchots Beitr. **44** 768 „höhere Gewalt" annimmt und mit § 203 zu helfen sucht (s. auch u. Ziff. 1 zu § 1945).

5. OLG. Posen, PosMschr. **04** 108: Für Pflichtteilsberechtigte tritt der Zeitpunkt des Beginns der Ausschlagungsfrist niemals früher ein als mit Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung oder Beschwerung.

6. OLG. Dresden, SächsA. **14** 239: Die Ausschlagungsfrist läuft nicht, wenn der Erbe, sei es auch irrtümlich, glaubt, daß ihm ein besser berechtigter Erbe vorgehe.

§ 1945. 1. *Boschan II 206 f.: Ist die Ausschlagung mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu erklären, so ist sie nur wirksam, wenn, bevor sie bei dem Nachlaßgericht eingegangen ist, die Genehmigung dem Vormund oder elterlichen Gewalthaber gegenüber erklärt ist (§ 1830 BGB.). Eine erst nach Abgabe der Ausschlagungserklärung, selbst noch innerhalb der Ausschlagungsfrist erteilte Genehmigung macht die Erklärung, wenn sie nicht wiederholt wird, nicht wirksam. Deshalb ist bei der Aufnahme der Ausschlagungserklärung große Vorsicht geboten. Wesentlich ist aber nur, daß das Vormundschaftsgericht, bevor die Ausschlagungserklärung bei dem Nachlaßgericht eingegangen ist, die Genehmigung dem Vormunde gegenüber erteilt, nicht aber braucht notwendig die Genehmigungsverfügung mit der Ausschlagungserklärung bei dem Nachlaßgericht eingereicht zu werden. Über Mitteilungen und Vorschläge aus der gerichtlichen Praxis s. II 206. (S. auch o. Ziff. 4 zu § 1944.)

2. In HessRspr. **5** 48 (Sprechsaal) wird die Abgabe der Ausschlagungserklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers für nicht genügend gehalten, wohl aber die Beglaubigung der Unterschrift durch den Gerichtsschreiber.

3. LG. Konstanz, BadRpr. **04** 285: Das Nachlaßgericht muß eine vor ihm selbst erklärte Ausschlagungserklärung als zulässig entgegennehmen, die öffentliche Beglaubigung ist nur die Mindestform.

§ 1946. Strohal (3) II 14 f.: Der Erbe kann, sofern nur der Erbfall eingetreten ist, auch schon zu einer Zeit annehmen oder ausschlagen, zu der seine Berufung noch davon abhängig ist, daß ein Vorberufener zum endgültigen Erwerbe nicht gelangt, und der eventuelle Nacherbe schon vor dem Falle der Nacherbfolge.

§ 1948. 1. *Hangen, PucheltsZ. **33** 287—298, 309—311, 435 ff., DJZ. **02** 362, HessRspr. **5** 5, 6: Ist unter der Herrschaft des Code civil ein Ehegatte durch Erbvertrag auf einen Bruchteil der Erbschaft des anderen Ehegatten eingesetzt oder ist er mit einem Vermächtnisse bedacht, so kann daraus weder ein vertragsmäßiger Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge noch ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gefolgert werden. Der Ehegatte kann jedoch, wenn er auf einen Bruchteil der Erbschaft eingesetzt ist, nicht in Ansehung des übrigen Teiles noch als gesetzlicher Miterbe auftreten. Mit Rücksicht darauf, daß zur Zeit der Errichtung des Erbvertrags dem Ehegatten ein Erbrecht neben den Verwandten nicht zustand, kann vielmehr nur angenommen werden, daß die Berufung aus dem Erbvertrag und diejenige aus dem Gesetz einen und denselben Erbteil betreffen und deshalb allein die Vorschrift des § 1948 BGB. maßgebend ist.

2. Vgl. o. zu § 1643.

§ 1949. Strohal (3) II in Abänderung der in der 2. Aufl. ausgesprochenen Ansicht: a) Ist der Ausschlagende als Verwandter des Erblassers in verschiedenen Ordnungen berufen, und erfolgt die Ausschlagung ohne Beschränkung, so ist § 1945 Abs. 2 unmittelbar anzuwenden (20 u. Anm. 9a).

b) Befand sich der Erbe zur Zeit der Ausschlagungserklärung in dem für ihn kausalen Irrtume, daß er einen anderen als den wirklich vorhandenen Berufungsgrund als vorhanden voraussetzte, so ist die Ausschlagungserklärung unwirksam. Einer Anfechtung bedarf es hier nicht; ebensowenig im Falle der auf Irrtum im Berufungsgrunde beruhenden Äußerung des Annahmewillens (34).

§ 1951. Strohal (3) II 30: Ist ein Erbe bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zu mehreren Erbteilen berufen, so beruhen diese Berufungen auf einem in sich geschlossenen Gesamtwillen und insofern auf einem einheitlichen Berufungsgrunde.

§ 1952. Strohal (3) II 43: Wenn an die Stelle eines zur Ausschlagung noch berechtigten Erben mehrere Erbeserben treten, so ist das Ausschlagungsrecht der letzteren nach Maßgabe des § 1952 Abs. 3 so zu beurteilen, als ob zur Erbschaft des Erblassers schon von vornherein soviele Personen berufen wären, als Erbeserben vorhanden sind. Schlägt von diesen einer den auf ihn entfallenden Anteil an der Erbschaft des ersten Erblassers aus, so muß in entsprechender Anwendung des § 1953 nunmehr nach rückwärts hin dieselbe Beurteilung eintreten, die schon von vornherein hätte durchgreifen müssen, wenn der Erbe nur diejenigen Erbeserben hinterlassen hätte, welche die ihnen vermittelten Anteile an der Erbschaft nicht ausgeschlagen haben.

§ 1953. Abs. 3. *Boschan II 208: Erhöht sich durch den Wegfall des Ausschlagenden der Erbteil der gesetzlichen Erben (§ 1935) oder wächst der Erbteil des Ausschlagenden den übrigen Erben an (§ 2095), so bedarf es einer Mitteilung an die Miterben nicht, weil diesen die Erbschaft bereits vorher angefallen ist und ihr Erbteil sich nur durch den Wegfall des Ausschlagenden erweitert. Haben sie daher nicht rechtzeitig ihren Erbteil ausgeschlagen, so müssen sie sich auch die Erweiterung ihres Erbteils gefallen lassen, ohne insoweit ausschlagungsberechtigt zu sein. Der § 1951 BGB. trifft nicht zu, da es sich hier nicht um mehrere Erbteile handelt.

§ 1954. 1. Strohal (3) II 38: Im Falle der auf §§ 119, 120 sich stützenden Anfechtung trifft den Anfechtenden nach Maßgabe des § 122 jedem Dritten gegenüber die Verpflichtung zur Vergütung des negativen Interesses.

A. M. Binder I 143 ff., welcher ausführt, daß ein negatives Interesse hierbei praktisch nicht in Frage kommen könne.

2. OLG. 8 263 (KG.): Ein Irrtum über den Inhalt der Erbschaftsausschlagungserklärung liegt nur vor, wenn der Ausschlagende darüber irrt, daß jene Erklärung lediglich dem Willen Ausdruck gibt, nicht Erbe sein zu wollen, wenn er etwa annimmt, Ausschlagung der Erbschaft bedeute Übertragung des Anteils am Nachlasse auf die Miterben; hat er nur geglaubt, sein Erbrecht wachse infolge seiner Erklärung kraft Gesetzes den Miterben an, während es in Wirklichkeit auf seine Abkömmlinge übergeht, so liegt ein Rechtsirrtum vor.

§ 1956. **RG. 58** 81, JW. **04** 336, DNotV3. **4** 436: Die Fristversäumung als „fingierte Erklärung" ist der Annahmeerklärung hinsichtlich der Anfechtbarkeit nicht schlechthin, sondern nur dann gleichgestellt, wenn die Fristversäumung so geartet ist, daß in ihr eine Willenserklärung gefunden werden kann, und das setzt notwendig voraus, daß die Unterlassung in dem Bewußtsein von dem Rechte der Ausschlagung und von der hierfür geltenden Frist erfolgt war. Anfechtungsgründe sind nur die allgemein statthaften: Irrtum, Betrug und Zwang, und zwar der Irrtum so, wie er im § 119 und § 1949 zugelassen ist. Eine

Anfechtung wegen Irrtums kann aber nur dann stattfinden, wenn die Unterlassung der Ausschlagung wissentlich erfolgt war, die damit kundgegebene Willenserklärung jedoch auf einem Irrtume beruhte, und ferner nur unter der Voraussetzung, daß der Erbe von seinem Rechte, die Erbschaft auszuschlagen und überdies von der Bestimmung, wonach hierfür eine Frist gesetzt ist, volle Kenntnis hatte, daß er die Ausschlagung beabsichtigte und sie nur infolge eines Irrtums unterließ, der sich nicht als Irrtum im Beweggrunde darstellt, sondern die in der Unterlassung sich vollziehende Willensäußerung selbst betrifft.

Dagegen nimmt LG. II Berlin, angeführt bei Bolte, PosMschr. **03** 121 ff. — vgl. IDR. **2** zu § 1956 — an, daß die Versäumung der Ausschlagungsfrist stets anfechtbar sei, sobald feststehe, daß der Erbe eine Willenserklärung des Inhalts, die Erbschaft annehmen zu wollen, überhaupt nicht habe abgeben wollen, vorausgesetzt, daß er bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erbschaft nicht angenommen haben würde.

Nach OLG. Braunschweig, SeuffA. **57** Nr. 105, soll die Anfechtung jedenfalls dann zulässig sein, wenn der berufene Erbe bei Versäumung der Ausschlagungsfrist darüber im Irrtume war, daß er mit dem Ablaufe der Frist die Erbschaft annahm.

Bei der Zweifelhaftigkeit der Auslegung ist es, wie Breit, ZBlFrG. **4** 581 hervorhebt, für den gesetzlichen Vertreter, der die gerichtliche Genehmigung zur Erbschaftsausschlagung erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist erwirkt hat, stets ratsam, daß er zunächst unverzüglich die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist erklärt, gleichzeitig aber die Ausschlagung noch besonders ausspricht, sich also nicht auf die Bestimmung im § 1957 Abs. 1 verläßt, so daß er auch für den Fall der Hemmung des Fristablaufs nach § 1944 Abs. 2 Satz 3 — vgl. zu § 1944 — alles getan hat, was er tun konnte.

§ 1957. *Boschan II 212: Da die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung gilt, so braucht der Anfechtungserklärung eine besondere Ausschlagungserklärung nicht beigefügt zu werden; in entsprechender Anwendung des § 1953 Abs. 3 Satz 1 ist die Anfechtung demjenigen mitzuteilen, welchem die Erbschaft bei zutreffendem Anfechtungsgrund angefallen ist.

§ 1958. Diese Bestimmung bedeutet nach Meyer, Praktische Streifzüge 12 und Binder I 156: Der Erbe ist vor der Annahme nicht passiv legitimiert. Eck-Leonhard III 21 meint, daß der Erbe während der Frist nur eine aufschiebende Einrede hat, so daß der Kläger nicht ex officio, sondern nur dann abgewiesen werden soll, wenn der Erbe die Erfüllung des Anspruchs mit Berufung auf die noch laufende Ausschlagungsfrist ablehnt. Er erkennt zwar an, daß das BGB. bei dieser Auffassung aus seinem Sprachgebrauch herausfällt, da es sonst bei Gewährung von Einreden sagt „Der Schuldner kann verweigern“, hält aber §§ 239 Abs. 5 und 778 ZPO. für entscheidend. Vgl. über die Frage IDR. **1** und **2** zu § 1958.

§ 1959. Strohal (3) II 56: Schließt der vorläufige Erbe im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Nachlasses, mit dritten Personen obligatorische Verträge ab, so wird deren Gültigkeit durch die spätere Ausschlagung nicht berührt. Soweit der vorläufige Erbe aus einem solchem Vertrage berechtigt ist, kann der endgültige Erbe von ihm nach den für die Geschäftsführung ohne Auftrag maßgebenden Grundsätzen Abtretung des Anspruchs verlangen, und soweit der vorläufige Erbe aus einem solchen Vertrage verpflichtet ist, steht ihm gegen den endgültigen Erben ein Anspruch auf Befreiung zu. Von einer Genehmigung eines obligatorischen Vertrags der bezeichneten Art durch den endgültigen Erben mit der Wirkung, daß der Vertrag nunmehr als ein auf den Namen des endgültigen Erben geschlossener gelte, kann nicht die Rede sein.

§ 1960. 1. *Boschan II 34 ff.: Der Umfang der Befugnisse des Nachlaßpflegers richtet sich nach der Bestimmung des Nachlaßgerichts und ist daher bei der Bestellung und in der Bestallung genau festzustellen. (Eine Formel der Bestallung s. 36.) Es gehört nicht zur Aufgabe des Nachlaßpflegers, den noch vorhandenen Bestand an die ihm bekannten Gläubiger etwa nach den Grundsätzen der Konkursordnung zu verteilen, vielmehr hat er es sich angelegen sein zu lassen, die Erben zu ermitteln und an letzter Stelle den Bestand dem als Erben festgestellten Fiskus (§ 1964) auszuantworten, an den sich die Gläubiger halten mögen. Ebensowenig gehört es zu den Aufgaben des Nachlaßpflegers, die Teilung unter den Erben vorzunehmen; vielmehr hat er den Nachlaß den Erben gemeinschaftlich oder einem gemeinschaftlichen Bevollmächtigten auszuantworten, andernfalls aber die Nachlaßgegenstände für Rechnung der Erben zu hinterlegen. Ist der Nachlaß durch Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten erschöpft, so wird regelmäßig eine weitere Ermittelung der unbekannten Erben und die Herbeiführung ihrer Entlastungserklärung entbehrlich sein, der Zweck der Pflegschaft vielmehr mit der Ausschüttung der Nachlaßmasse als erreicht angesehen werden können.

Wegen der Zuständigkeit und des Verfahrens der Dorf- und Ortsgerichte in Preußen bei der Sicherung des Nachlasses s. Boschan, ZBlFG. **5** 273.

2. Gegen Binder I 203 Anm. 80, welcher eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Nachlaßpflegers gegenüber den Nachlaßgläubigern leugnet, hält Strohal (3) II 65 diesen für schadensersatzpflichtig, soweit durch sein Verschulden eine Schädigung der Nachlaßgläubiger herbeigeführt worden ist.

Der Erbe haftet nach Strohal a. a. O. für Verschulden des Nachlaßpflegers nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Beschränkbarkeit der Haftung.

3. OLG. **8** 269 (KG.) über die Pflichten des Nachlaßpflegers: Der Nachlaßpfleger für unbekannte Erben hat die Erben zu ermitteln; ist der Wirkungskreis des Pflegers nicht genau begrenzt und erkennbar gemacht, so sind seine Rechte und Pflichten durch Auslegung aus der vormundschaftsgerichtlichen Verfügung und dem Zwecke der eingeleiteten Pflegschaft festzustellen; in jedem Falle liegt ihm die Erhaltung des Nachlasses ob, und er hat deshalb ein möglichst vollständiges Nachlaßverzeichnis (§§ 1915, 1802) aufzustellen, auch die Schulden zu ermitteln; auch muß er auf Erfordern dem Nachlaßgericht, gegebenenfalls auch schriftlich, Auskunft über die Führung der Pflegschaft und den Sachstand geben (§§ 1837, 1839).

4. Aus der Rechtsprechung.

BayObLG., R. **04** 450: Gegen die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft steht weder dem Nacherben noch dem Vermächtnisnehmer ein Beschwerderecht zu, weil sie keinen Eingriff in ihre Rechte bedeutet.

BayObLG., R. **03** 402, ZBlFG. **4** 225: Auch ein als Nachlaßpfleger bestellter Rechtsanwalt hat die Pflegschaft grundsätzlich unentgeltlich zu führen. Eine ihm bewilligte Vergütung umfaßt die Entlohnung für seine ganze Tätigkeit. Ersatz von Aufwendungen daneben kann nur beim Vorliegen besonderer Umstände beansprucht werden.

OLG. Colmar, R. **04** 168 Nr. 788: Eine analoge Anwendung der für die Honorierung des Konkursverwalters geltenden Grundsätze auf die Festsetzung der Vergütung für den Nachlaßpfleger ist wegen des verschiedenen Charakters beider nicht angängig.

OLG. **8** 367, SchlHolstAnz. **04** 38 (Kiel): a) Aus § 1919 folgt, daß die Pflegschaft erst mit ihrer Aufhebung durch das Nachlaßgericht endigt, nicht

aber schon mit der Ermittelung der Erben oder mit der Annahme der Erbschaft durch diese. b) Die Kündigung einer Nachlaßforderung bedarf der Genehmigung des Nachlaßgerichts gemäß §§ 1915, 1812, 1962.

OLG. Colmar, R. **04** 283: Der Nachlaßpfleger für die unbekannten Erben darf die Anfechtung des Testaments durch die bekannten Erben nicht als Streitgenosse unterstützen; sie liegt außerhalb des Rahmens seiner Aufgabe.

§ 1962. *Boschan II 32: § 1962 bezieht sich auch auf Nachlaßpflegschaften, die das im § 74 FGG. genannte Amtsgericht eingeleitet hat, da es anderenfalls an einer entsprechenden Vorschrift für dieses Gericht fehlen würde.

§ 1963. Strohal (3) II: a) Von entscheidender Bedeutung ist, daß das von der schwangeren Mutter erwartete Kind bei seiner Geburt zur Erbfolge berufen ist; der Mutter eines zu erwartenden Pflichtteilsberechtigten oder eines eventuellen Vermächtnisnehmers steht der Anspruch aus § 1963 nicht zu (43 Anm. 3).

b) Der Anspruch aus § 1963 muß entfallen, wenn der Nachlaß schon durch die vom Erblasser herrührenden Schulden erschöpft wird; er muß auch den anderen Personen etwa zukommenden Pflichtteilsansprüchen sowie den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen nachstehen (45).

c) Die gerichtliche Geltendmachung des der Mutter zustehenden Unterhaltsanspruchs wird regelmäßig gegen einen aufzustellenden Nachlaßpfleger, bei Vorhandensein eines zur Verwaltung des Nachlasses befugten Testamentsvollstreckers aber gegen diesen zu erfolgen haben (47).

Binder I 210: Die Mutter hat ihren Anspruch bei Vorhandensein von Miterben ohne weiteres gegen diese zu richten.

§§ 1964 ff. Hörle, R. **04** 369 ff.: a) Vor der Feststellung hat das Nachlaßgericht von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen nach dem wahren Erben gemäß §§ 12, 15 FGG. zu veranstalten und mit Rücksicht auf § 1936 die Staatsangehörigkeit des Erblassers zur Zeit seines Todes festzustellen, und zwar nicht auf Grund eines strikten Beweises, sondern auf Grund der nach Lage der Sache vernünftigerweise vorzunehmenden Erhebungen (vgl. RTKommBer. 38, 40 und Dorner, FGG. 212); die Annahme eines Verlustes der Staatsangehörigkeit bedarf besonderer Gründe, im Falle der Auswanderung des Erblassers ist im Zweifel anzunehmen, daß er nach zehn Jahren vom Zeitpunkte des Austritts aus dem deutschen Reichsgebiet oder des Ablaufs eines etwaigen Reisepapiers oder Heimatsscheins die Reichsangehörigkeit verloren hat (371).

b) Vor der Feststellung kann der Fiskus die Erbschaftsklage nicht anstrengen, wohl aber kann er nach § 256 ZPO. die Feststellungsklage gegen den Erbprätendenten betreiben (Seuffert Anm. 2d zu § 256 ZPO.), auch noch nach rechtskräftiger Verwerfung der Beschwerde des Fiskus gegen den die Feststellung ablehnenden Beschluß des Nachlaßgerichts. Mehrere Erbbewerber haben den Streit unter sich auszutragen, auch wenn der Fiskus einen von ihnen als Erben anerkennt. Der auf den Klageweg verwiesene Erbbewerber kann gegen den Fiskus die Feststellungsklage nach § 256 ZPO. erheben und kann mit ihr für den Fall, daß der Fiskus auf Grund des ihm nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat, die Erbschaftsklage aus §§ 2018 ff. verbinden. Die dem Fiskus und dem Erbbewerber zustehende Feststellungsklage unterliegt als ein prozessuales Gebilde nicht der Verjährung. Das Nachlaßgericht braucht den Rechtsstreit nicht abzuwarten und kann insbesondere bei Verzögerung des Prozesses durch den Erbbewerber diesem eine Frist bestimmen. Auch ist das Urteil, als nur zwischen den Prozeßparteien Rechtskraft erzeugend, für das Nachlaßgericht nicht maßgebend, doch wird dieses in der Regel sich nach ihm richten (vgl. Motive 5, 536) (374 f.).

c) Die Feststellung darf nicht unter Vorbehalt der Rechte des Erbbewerbers an dem Nachlaß ergehen. Der Beschluß muß den betreffenden Fiskus namentlich bezeichnen und mit Rücksicht auf seine rechtliche und materielle Bedeutung und das Beschwerderecht mit Gründen versehen sein, wenn dies auch im Gesetze nicht angeordnet ist. Nach der gemäß § 16 FGG. erfolgten Bekanntmachung des Beschlusses ist die Erbschaft dem Fiskus auszuantworten und eine etwa bestehende Pflegschaft aufzuheben; den Pfleger kann das Nachlaßgericht nicht durch Zwangsmittel zur Herausgabe des Nachlasses anhalten, der Fiskus muß den Rechtsweg beschreiten. Bei der Abnahme der Schlußrechnung des Pflegers hat das Nachlaßgericht nach den allgemeinen Vorschriften zu vermitteln (375 f.).

d) Die Feststellung hat nicht die Wirkungen des Erbscheins und ersetzt ihn auch nicht im Grundbuchverkehre (§ 36 GBO.) (377).

2. KGJ. **27** A 49 f., RJA. **4** 21 ff., ZBlFrG. **4** 534 f., ThürBl. **51** Anh. 64 (KG.): Gegen die Feststellung seines Erbrechts hat der Fiskus das Beschwerderecht gemäß § 20 FGG.

3. OLG. **8** 384 (KG.): Die Ermittelung des Erben und die Feststellung des Erbrechts des Fiskus darf nicht deshalb unterbleiben, weil kein Bedürfnis bestehe und der Nachlaß überschuldet sei.

§ 1965. 1. Hörle a. a. O. 373 f.: Die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte ist von einem Antrage des etwa bestellten Pflegers nicht abhängig; doch wird dieser vorher zu hören sein. Zweckmäßig ist es, an die öffentliche Aufforderung die Eröffnung zu knüpfen, daß, wenn nicht binnen der bestimmten Frist oder bis zu dem zur Verhandlung über angemeldete Rechte bestimmten Termin ein Erbrecht angemeldet wird, die Feststellung erfolgen wird, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist; dagegen darf die Aufforderung nicht etwa die Androhung eines Rechtsnachteils, wie der Nichtberücksichtigung des Erbrechts, enthalten. Die öffentliche Aufforderung muß unterbleiben, wenn eine zur Deckung der Kosten ausreichende Nachlaßmasse nicht vorhanden ist (Planck).

2. Über die Fristberechnung, falls weder eine öffentliche Aufforderung, noch eine Anmeldung stattgefunden hat, Hörle, R. **04** 374, ebenso wie Planck und Strohal, JDR. **2** zu §§ 1964, 1965; ebenso Meyer, Erbrecht § 23 Anm. 17, während Cosack (4) II § 378 nicht wie diese annimmt, daß die dreimonatige Frist in diesem Falle von der letzten auf die Ermittelung des Erben gerichteten Amtshandlung läuft, sondern meint, daß die Feststellung binnen einer billig zu bemessenden Frist zu erfolgen habe.

3. OLG. **9** 384 (KG.): Die Frist im Abs. 2 ist unter allen Umständen einzuhalten, gleichviel, ob Erbrechte bereits angemeldet sind oder nicht.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. Binder II 96 ff.: Das allgemeine Prinzip der Erbenhaftung steht nicht im BGB., sondern in der ZPO., die §§ 780, 781 ZPO. bilden die Ergänzung der Vorschriften des BGB. und sind der bündigste Beweis für die grundsätzlich beschränkte Haftung des Erben. Eck-Leonhard III 25 nimmt dagegen mit Wendt u. a. die grundsätzlich unbeschränkte Haftung an. Strohal (3) II 202 formuliert: Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist grundsätzlich eine auf den Nachlaß beschränkbare. — Aus dieser Beschränkbarkeit seiner Haftung ergibt sich für den Erben ein Recht zur Herbeiführung der Beschränkung selbst durch Verwendung der ihm zu diesem Zwecke zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe. Das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß kann dem Erben infolge seines Verhaltens ver-

loren gehen. Treten die Voraussetzungen hierfür ein, so haftet der Erbe nach dem Gesetze „unbeschränkt“; sachlich richtiger bezeichnet man jedoch diese Haftung als eine „nicht mehr beschränkbare“. Vgl. über die Frage JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1967 und die Übersicht über die Vertreter der verschiedenen Ansichten bei Enneccerus-Lehmann II 682.

2. Gegen Binder II 52 ff., welcher dem Erben das Recht zugesteht, die gegen ihn vorgehenden Nachlaßgläubiger, obschon es zur Nachlaßverwaltung nicht kommt, und obschon die Voraussetzungen der §§ 1990, 1992 nicht gegeben sind, mit Erfolg auf den Nachlaß zu verweisen und der von einem Nachlaßgläubiger auf nicht zum Nachlasse gehörende Gegenstände gerichteten Zwangsvollstreckung auf Grund des im Urteil enthaltenen Vorbehalts der beschränkten Haftung mit Erfolg entgegenzutreten, führt Strohal (3) II 197 aus, daß auch in dem Falle, daß dem Erben auf sein Verlangen die Haftungsbeschränkung in dem gegen ihn ergangenen Urteile vorbehalten worden ist, der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auch in Gegenstände, die zum Eigenvermögen des Erben gehören, betreiben, und daß der Erbe diese Gegenstände dem Zugriff des Gläubigers nur dadurch entziehen könne, daß er die Nachlaßverwaltung erwirkt.

3. Prozeß- und Gerichtskosten.

a) Während Binder II 47 die Kosten der Eröffnung einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen, der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, einer Nachlaßpflegschaft, des Aufgebots der Nachlaßgläubiger und der Inventarerrichtung, da sie den Erben als solchen treffen, als reine Nachlaßverbindlichkeiten ansieht, läßt Strohal (3) II 181 den diese Maßnahmen beantragenden Erben dem Beauftragten gegenüber unbeschränkt haften.

b) Für Prozeßkosten in den von ihm im Interesse des Nachlasses geführten Prozessen nimmt Strohal (3) II 182 die Haftung des Erben mit seinem ganzen Vermögen an, es sei denn, daß der Erbe in dem Prozesse durch einen Nachlaßpfleger vertreten war; — Binder II 47 führt aus, daß der Erbe nur durch seine Erbeneigenschaft gezwungen sei, sich als Beklagter auf einen Prozeß einzulassen oder durch seine Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlaßgläubigern den Nachlaß als Kläger zu verteidigen; er betrachtet die Prozeßkosten stets als erste Nachlaßverbindlichkeiten.

c) Während Binder II 46 Anm. 102 die durch das Aufgebotsverfahren dem die Todeserklärung beantragenden Erben zur Last fallenden Kosten als reine Nachlaßverbindlichkeiten behandelt und dem Erben die Verweisung des Fiskus auf den Nachlaß zubilligt, führt Strohal (3) II 181 aus, daß für die zur zweckentsprechenden Durchführung des Verfahrens notwendigen Kosten der Antragsteller unbeschränkt aufzukommen hat.

4. OLG. Cöln, RheinA. **100** I 215, Puchelts Z. **35** 463: Verbindlichkeiten, die der Erbe im Interesse der Verwaltung der Erbschaft eingeht, sind keine Nachlaßverbindlichkeiten; der Erbe haftet deshalb für sie mit seinem eigenen Vermögen, es sei denn, daß er die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß mit dem Gläubiger vereinbart hat, wozu aber die Bestellung einer Ware „für die Erben“ nicht ausreicht.

5. BayObLG., R. **04** 450: Pflichtteilsrechte gehören zwar zu den Nachlaßverbindlichkeiten, bilden aber nicht Nachlaßschulden, da sie erst mit Eintritt des Erbfalls entstehen.

6. Wegen der Behandlung der durch die letzte Krankheit des Erblassers entstandenen Kosten als Schulden im Sinne des § 1907 Abs. 2 bei der Erbteilung s. *Boschan II 305.

§ 1968. 1. Strohal (3) II 178: Ordnet der Erbe das Begräbnis des Erblassers selbst an, d. h. schließt er die auf die Besorgung des Begräbnisses gerichteten Verträge selbst oder durch einen Bevollmächtigten ab, so entstehen

hierdurch für ihn in Ermangelung einer besonderen lex contractus Verbindlichkeiten, für die er ohne jede Rücksicht auf den Nachlaßbestand schlechthin unbeschränkt haftet. Die so beschaffenen Verbindlichkeiten des Erben haben trotzdem den Charakter von Nachlaßverbindlichkeiten; die betreffenden Gläubiger können ihre Ansprüche auch gegen den Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter geltend machen, und der Erbe kann das zur Berichtigung solcher Verbindlichkeiten Bezahlte den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der §§ 1978, 1979, 1991, 1992 BGB. und der §§ 223—225 KO. in Rechnung stellen, bzw. aus dem Nachlaß ersetzt verlangen.

2. Binder II 38: Schließt der Erbe Verträge zur Besorgung der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers im eigenen Namen ab, so haftet er den betreffenden Gläubigern lediglich nach den für die Haftung für reine Nachlaßverbindlichkeiten maßgebenden Grundsätzen und demnach unbeschränkt nur dann, wenn er das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß eingebüßt hat.

3. *Boschan II 304 rechnet zu den Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers: die Kosten für die Bekanntmachung der Stunde der Beerdigung in Zeitungen oder durch gedruckte Traueranzeigen, die Kosten für den Sarg, den Prediger und Küster, das Trauergeläut, etwaige Trauermusik, die Anschaffung, Herrichtung und Ausschmückung der Grabstelle. Ob auch die durch die Beförderung der Leiche entstandenen Kosten als Beerdigungskosten gelten können, hängt von den Umständen ab. Ist z. B. der Erblasser im Krankenhause gestorben, so wird regelmäßig die Beförderung der Leiche nach dem Friedhofe seines Wohnorts der Sachlage entsprechen, desgleichen die Beförderung der Leiche nach einem Erbbegräbnis. Die Kosten eines (in manchen Volkskreisen üblichen) Leichenschmauses werden dagegen nur soweit hierher rechnen, als eine Wegzehrung der Leidtragenden mit Rücksicht auf die Umstände, namentlich die weite Entfernung des Bestattungsorts von der Wohnung des Leidtragenden, angemessen gewesen ist. Die Kosten einer öffentlichen Danksagung werden lediglich die Hinterbliebenen zu bestreiten haben.

4. **RG.** DJZ. **04** 265: Über die Ruhestätte des Erblassers (z. B. den Standort der Aschenurne) ist eine Vereinbarung zwischen den Erben oder Verwandten möglich.

5. LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 29, erachtet die Kosten des ortsüblichen Leichenschmauses für Nachlaßverbindlichkeiten.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1970. 1. Strohal (3) II 234: Das Aufgebot richtet sich an alle Nachlaßgläubiger, auch an die bekannten, und es bezieht sich keineswegs nur auf fällige, sondern auch auf nichtfällige, ja selbst auf bedingte Nachlaßverbindlichkeiten mit Inbegriff derjenigen, deren Entwickelung aus bereits bestehenden Haftungen sich voraussehen läßt.

2. Nach Binder II 115 und Strohal (3) II 235, 236 werden von dem Aufgebote außer den in §§ 1971, 1972 aufgeführten Ansprüchen nicht betroffen:

Nachlaßverbindlichkeiten, deren Anmeldung deshalb unmöglich war, weil sie erst nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens entstanden sind, ferner solche aus Rechtsgeschäften des Nachlaßpflegers, Nachlaßverwalters und Testamentsvollstreckers, sowie Verbindlichkeiten, für die der Erbe bereits unbeschränkt haftet. (Haften von mehreren Erben nicht alle unbeschränkt, so muß die Anmeldung erfolgen, wenn die Präklusivfrist gegenüber den beschränkt haftenden Erben vermieden werden soll.)

Aus dem Nachlasse zu befriedigende Forderungen des Erben bedürfen der Anmeldung nach Strohal nur dann, wenn das Aufgebotsverfahren vom Nachlaßverwalter oder verwaltenden Testamentsvollstrecker beantragt worden ist, und die Verwaltung z. Z. des Ausschlußurteils noch besteht. — Binder verneint die Anmeldepflicht für den Fall, daß der betreffende Erbe selbst den Antrag auf Erlassung des Aufgebots gestellt hat.

§ 1973. 1. Nach Binder II 123 besteht die Wirkung der Präklusion darin, daß sich der Befriedigungsanspruch des Gläubigers durch die Ausschließung in einen Herausgabeanspruch verwandelt und daß dessen Erfüllung dem Gläubiger das Recht gewährt, sich nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung selbst zu befriedigen.

Strohal (3) II 242 führt aus, daß der Anspruch des Gläubigers durch den Ausschluß im Aufgebotsverfahren seinen Charakter als Anspruch auf Befriedigung nicht verliert und daß die eingetretene Veränderung nur das ob und wie der Befriedigung betrifft.

2. Binder II 127 gibt dem Erben, welcher aus seinem Eigenvermögen Aufwendungen gemacht hat, die er dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber in Ansatz bringen kann, ein Zurückbehaltungsrecht an dem Nachlaßüberschusse, vermöge dessen er der vom ausgeschlossenen Gläubiger angestrebten Zwangsvollstreckung so lange entgegentreten kann, bis ihm die Aufwendungen ersetzt sind.

Strohal (3) II 247 lehnt diese Meinung ab und verweist den Erben darauf, Nachlaßgegenstände zum Schätzwerte zur Deckung seines Anspruchs zu übernehmen, oder die noch vorhandenen Nachlaßsachen dem Gläubiger in der Weise „herauszugeben", daß aus dem bei der Zwangsvollstreckung erzielten Eingang zunächst der Anspruch des Erben und erst nach diesem der Anspruch des Gläubigers zur Befriedigung gelangt.

3. OLG. 9 385 (KG.): Dem durch Aufgebot ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger kann der Erbe im Prozesse und noch bei der Zwangsvollstreckung einwenden, daß kein Überschuß vorhanden sei.

4. Abs. 2. Strohal (3) II 238, Binder II 116: Bei Beurteilung der Frage des Vorhandenseins und des Maßes der Bereicherung müssen dem Aktivbestande des Nachlasses auch diejenigen Rechte des Erblassers zugerechnet werden, welche infolge der Vereinigung mit den in der Person des Erben vorhanden gewesenen Verbindlichkeiten bzw. Belastungen erloschen sind, ebenso wie diejenigen Rechte des Erben gegen den Erlasser, welche durch die Vereinigung erloschen sind, als Abzugsposten in Ansatz kommen.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1975. *Boschan II: a) Die Anordnung der Nachlaßverwaltung wird erst wirksam, wenn sie dem Erben bekannt gemacht ist (vgl. § 76 FGG.) (54). b) Insoweit der Nachlaßverwalter zur Wahrnehmung seines Amtes nach § 1795 nicht in der Lage ist, wird es für zulässig erachtet werden müssen, zur Besorgung der einzelnen Angelegenheit einen besonderen Nachlaßverwalter (Nachlaßpfleger) zu bestellen (59).

§ 1977. 1. Binder II: a) Immer dann, wenn der Erbe berechtigt ist, die beschränkte Haftung geltend zu machen, ist die Aufrechnung mit einer Forderung des Erben ausgeschlossen. Eine bereits erfolgte Aufrechnung gilt als nicht geschehen in jedem Falle, wo der Erbe die Gläubiger auf den Nachlaß zu verweisen berechtigt ist (156, 158). b) Im Falle des Abs. 2 muß die Aufrechnung auch dann als nicht geschehen gelten, wenn ihr der Erbe zugestimmt hat (161). Ebenso Weigelin, Recht zur Aufrechnung 17 Note 90.

2. *Weigelin, Recht zur Aufrechnung 97 Note 88: Aufrechnung nach bereits erfolgter Eröffnung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses ist von Anfang an wegen mangelnder Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung unwirksam.

§ 1978. 1. Strohal (3) II 265 versagt dem Erben auch im Falle der Nachlaßverwaltung ein sich auf § 273 Abs. 2 stützendes Zurückbehaltungsrecht an Naßlaßgegenständen.

Binder II 149 ff. schließt das Zurückbehaltungsrecht insoweit aus, als es sich um die Herausgabe des Nachlasses an den Verwalter handelt; in bezug auf die Haftung des Erben für seine Nachlaßverwaltung soll dagegen die Zurückbehaltung an sich möglich sein, da die Konnexität der Ansprüche aus der Verwaltung des Erben nicht in Frage gestellt werden könne. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1973.

2. Hörle, R. **04** 377: Die Pflichten bestehen auch für den Fiskus als gesetzlichen Erben.

§ 1982. Strohal (3) II 272 führt gegen Binder II 193 Anm. 15 aus, daß der Ablehnungsgrund entfällt, wenn der Antragsteller einen entsprechenden Kostenvorschuß leistet.

§ 1983. *Boschan II 55: Nicht vorgeschrieben, aber empfehlenswert ist es, in die Bekanntmachung den Namen des Nachlaßverwalters, sofern ein solcher bereits bestellt ist, aufzunehmen, dagegen kann es nicht gebilligt werden, in die Bekanntmachung eine Aufforderung an die Nachlaßgläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzunehmen. Melden Gläubiger ihre Forderung beim Nachlaßgericht an, so sind sie an den Nachlaßverwalter zu verweisen.

§ 1984. 1. Binder II 194: Der die Nachlaßverwaltung anordnende Beschluß wird mit dem Augenblicke der Anordnung wirksam. Dies ist nicht der Zeitpunkt, in welchem der Beschluß dem Erben bekannt wird, sondern der frühere, in welchem er als Beschluß existent wird. Ebenso Strohal (3) II 274.

2. Strohal (3) II 277: Verfügt der Erbe nach Anordnung der Nachlaßverwaltung über zum Nachlasse gehörende bewegliche Sachen, so wird der Erwerb desjenigen, zugunsten dessen verfügt worden ist, durch die §§ 932, 936, 1032, 1207 BGB. geschützt, wenn dem Erwerber die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlasse, ohne daß dabei grobe Fahrlässigkeit unterlief, unbekannt geblieben war und ihm der Besitz an der Sache wirklich verschafft worden ist. — Weiß der Erwerber, daß sich die Verfügung auf eine Nachlaßsache bezieht, oder ist ihm dies aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so wird sein Erwerb dadurch allein, daß er von der Nachlaßverwaltung keine Kenntnis hatte und daß seine Unkenntnis hiervon auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht, noch nicht gedeckt.

§ 1985. 1. Eck-Leonhard III 41: Schon der Natur der Sache nach ist der Nachlaßverwalter dem Erben verantwortlich; das folgt auch aus dem Wort „auch" in Abs. 2.

2. *Boschan II 58: Was den Umfang der Befugnisse des Nachlaßverwalters betrifft, so unterscheidet sich die Nachlaßverwaltung von einer anderen Pflegschaft dadurch, daß die Befugnisse des Nachlaßverwalters nicht nach Lage des Falles durch das Gericht festgestellt werden können, sondern gesetzlich dahin bestimmt sind, daß der Nachlaßverwalter den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen hat. Dort auch ein Beispiel der Bestallung eines Nachlaßverwalters.

§ 1987. OLG. 8 279 (KG.): Die Vergütung wird vom Nachlaßgerichte festgesetzt (§§ 1975, 1915).

OLG. 8 271 (KG.): Gegen die Festsetzung kann der Erbe nicht einwenden, daß der Verwalter Pflichtwidrigkeiten und Versehen begangen hätte; er kann nur Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter geltend machen.

§ 1988. *Boschan II 66: Die Nachlaßverwaltung als Nachlaßpflegschaft endigt regelmäßig erst dadurch, daß das Nachlaßgericht sie aufhebt (§ 1919 BGB.), und zwar durch eine Verfügung, die dem Nachlaßverwalter und dem Erben bekannt zu machen ist, und gegen die den Beteiligten nach den §§ 19, 20 FrGG. die Beschwerde zusteht. Diese Aufhebung ist aber in der Regel nur anzuordnen, wenn der Zweck der Pflegschaft erreicht ist, also die Nachlaßgläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Dagegen ist die Aufhebung der Nachlaßverwaltung aus dem Grunde der Zurücknahme des darauf gerichteten Antrags dem Gesetze nicht bekannt, und hiernach ist die einmal angeordnete Nachlaßverwaltung zu Ende zu führen, wie dies entsprechend der Fall ist, wenn die Konkurseröffnung beantragt ist, hinsichtlich des Konkursverfahrens. Vgl. OLG. 7 134 (Jena).

§ 1990. 1. Eck-Leonhard III 45: Der Erbe darf Nachlaßschulden nach Prävention bezahlen. Leonhard bemerkt Anm. 2 dazu, daß darin eine große Härte gegen die säumigen Gläubiger läge und § 1991 Abs. 1 dagegen spreche, nach dem hier § 1979 gelte. Vgl. auch zu § 1991.

2. Von *Boschan II 70 wird die Rechtslage, wie sie sich in den häufig vorkommenden Fällen gestaltet, daß der Nachlaß zur Deckung der Kosten eine Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses nicht ausreicht und die Erben der überlebende Ehegatte und die minderjährigen Kinder des Erblassers sind, eingehend besprochen und an Beispielen erläutert.

3. OLG. 8 271, R. **04** 168 (Colmar): Bei Entscheidung der Frage, ob eine den Kosten der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses entsprechende Masse vorhanden ist, kommt es lediglich auf den Zeitpunkt an, in dem die Einrede aus § 1990 geltend gemacht wird. Gleichgültig ist dagegen, ob der Nachlaß schon zur Zeit des Todes so geringfügig war, oder ob dies die Folge davon ist, daß der Erbe durch Befriedigung von Nachlaßgläubigern den Bestand des Nachlasses erschöpft hat, wenn nur im letzteren Falle der Erbe im Glauben an die Zulänglichkeit des Nachlasses gehandelt hat.

4. KGBl. **04** 98 (KG.): Auch nach der Teilung des Nachlasses kann die Einrede noch erhoben werden.

Ebenso Böhm, Gruchots Beitr. **42** 695, Jäger, JDR. **1** zu § 2062.

§ 1991. Strohal (3) II 307 in Abänderung seiner früheren Ansicht: Der Erbe ist gegenüber allen durch die Ausschlußwirkung nicht betroffenen Gläubigern verpflichtet, ausgeschlossene oder diesen gleichgestellte Gläubiger nur nach Maßgabe der §§ 1973, 1974 zu befriedigen. — Im übrigen kann der Erbe, obschon er die Überschuldung des Nachlasses kennt, in betreff der Befriedigung der ihm bekannten Gläubiger willkürlich vorgehen, insbesondere auch in der Art, daß er einzelne von ihnen nach seiner Wahl befriedigt, und dann den leer ausgegangenen Gläubigern gegenüber sich auf die Erschöpfung des Nachlasses beruft. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1990.

§ 1992. Strohal (3) II 314 Anm. 5: Die Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß die allen anderen Nachlaßverbindlichkeiten nachgestellten Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen dem beschränkt haftenden Erben gegenüber der praktischen Wirksamkeit insoweit entbehren sollen, als der Nachlaß zu ihrer rangmäßigen Befriedigung nicht ausreicht. Den Ansprüchen aus Vermächtnissen steht daher schon vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an die Einrede aus § 1992 entgegen, und ihre Verwendung zur Aufrechnung ist somit nach

§ 390 ausgeschlossen. Dies muß auch für den Fall des Nachlaßkonkurses festgehalten werden.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1994. 1. *Boschan II: a) Eine Verpflichtung des Erben, das Inventar zu errichten, besteht selbst dann nicht, wenn ihm eine Inventarfrist gesetzt ist. Der Erbe kann daher auch nicht zur Aufnahme des Inventars durch Ordnungsstrafen gezwungen werden. Das Nachlaßgericht hat die Inventarfrist zu bestimmen, wenn nur nachgewiesen wird, daß die Voraussetzungen des § 1994 vorliegen, es müßte denn sein, daß die Inventarfrist nicht bestimmt werden durfte (§§ 2000 Satz 2, 2011).

Im übrigen sind Einwendungen des Erben, die seine Verpflichtung zur Inventarerrichtung betreffen, vom Nachlaßgerichte nicht zu beachten, da, wenn er nach materiellem Rechte zur Inventarerrichtung nicht verpflichtet ist, ihm die Bestimmung der Inventarfrist nicht schadet. Deshalb steht ihm auch gegen den Beschluß, der die Inventarfrist bestimmt, die sofortige Beschwerde, soweit sie die Verpflichtung zur Inventarerrichtung zum Gegenstande hat, nicht zu, da durch die Fristbestimmung ein Recht des Erben (§ 20 Abs. 1 FrGG.) nicht beeinträchtigt wird.

b) Auch die in den §§ 1973, 1974 genannten Gläubiger sind antragsberechtigt, da die Fristbestimmung auch gegenüber anderen etwa noch vorhandenen Nachlaßgläubigern wirken kann (91).

c) Ist in den Fällen, in denen eine Inventarfrist nicht bestimmt werden darf (vgl. §§ 2000 Satz 2, 2011, 2012), die Frist bestimmt, so steht dem davon Betroffenen die sofortige Beschwerde zu, da sein Recht durch die gesetzwidrige Behandlung der Angelegenheit beeinträchtigt wird.

Im übrigen steht dem Erben ein Rechtsmittel nicht zu, da, wenn die Voraussetzungen der Fristbestimmung nicht vorliegen, durch eine unbegründete Fristbestimmung das Recht des davon Betroffenen nicht beeinträchtigt wird. Demgemäß wird sich die Beschwerde des Erben überwiegend nur dagegen richten, daß die Frist entgegen dem Gesetz oder den Umständen des Falles zu kurz bemessen worden sei (93, 96).

2. Binder II 232 Anm. 68 führt aus, daß auch ein im Aufgebot ausgeschlossener Gläubiger die Setzung der Inventarfrist beantragen und die Leistung des Offenbarungseides verlangen könne.

Strohal (3) II 222 Anm. 33 bemerkt, daß dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber, selbst wenn die Bestimmung der Inventarfrist auf seinen Antrag erfolgt ist, die schlechthin unbeschränkte Haftung des Erben auch dann nicht eintritt, wenn dieser sich einer der im § 2005 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht hat, und daß demnach einem ausgeschlossenen und einem nach § 1974 diesem gleichstehenden Gläubiger das Recht zum Verlangen des Offenbarungseides nicht zustehe.

3. BayObLG., SeuffBl. **04** 100 ff.: Hat der zur Erbschaft Berufene die Erbschaft ausgeschlagen, so setzt die Bestimmung einer Inventarfrist voraus, daß die Ausschlagung unwirksam ist, etwa wegen bereits vorher erfolgter Annahme der Erbschaft. Das Nachlaßgericht hat diese Voraussetzung selbständig zu prüfen und gegebenenfalls nach § 12 FrGG. Ermittelungen anzustellen. Dem Nachlaßgericht steht nicht die Befugnis zu, aus Zweckmäßigkeitsgründen die Entscheidung über die Bestimmung einer Inventarfrist bis zur Feststellung der Erbeneigenschaft im Wege des Prozesses auszusetzen. Wird in dem Rechtsstreite später festgestellt, daß die Ausschlagung wirksam ist, so ist die Bestimmung einer Inventarfrist ohne rechtliche Bedeutung.

§ 1995. Abs. 3. *Boschan II 110: Bei Zurückweisung des Antrags auf Fristverlängerung steht dem Erben — und nur ihm — die sofortige Beschwerde zu; deshalb kann er nach Rechtskraft der zurückweisenden Verfügung neue Anträge auf Fristverlängerung nur stellen, wenn inzwischen veränderte Umstände eingetreten sind, die bei Stellung des ersten Antrags noch nicht vorlagen (FrGG. § 77 Abs. 2).

§ 1996. *Boschan II: a) Auch der Stillstand der Rechtspflege ist als ein Fall der höheren Gewalt anzusehen, und wenn auch an den Tagen des Stillstandes der Rechtspflege der Lauf der Frist gehemmt ist (§ 1997), so wird doch, da der § 1996 nicht unterscheidet, die neue Frist auch dann zu bestimmen sein, wenn nachgewiesen wird, daß durch den Stillstand der Rechtspflege der Erbe verhindert war, das Inventar rechtzeitig zu errichten, wenn z. B. am letzten Tage der Frist das Gericht geschlossen gewesen und deshalb das Inventar als unbestellbar zurückgekommen ist (112).

b) Auch gegen die die Bestimmung der neuen Frist ablehnende Verfügung steht dem Erben nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu, FrGG. § 77 Abs. 2 (113).

§ 1998. *Boschan II 108: Ist der Erbe gestorben, bevor ihm eine Inventarfrist bestimmt worden war, so kann dem Erbeserben auch schon, bevor er die Erbschaft nach seinem Erblasser angenommen hat, eine Inventarfrist bestimmt werden; doch beginnt auch in diesem Falle die Frist erst mit der Annahme der Erbschaft zu laufen (BGB. § 1995 Abs. 2).

§ 1999. *Boschan II 98 ff.: Ist das Nachlaßgericht zugleich Vormundschaftsgericht, so empfiehlt es sich, vor Bestimmung der Inventarfrist den gesetzlichen Vertreter vorzuladen und ihm die Bestimmung der Inventarfrist mündlich zu eröffnen (FrGG. § 16 Abs. 3), im Anschlusse hieran aber von ihm sofort einen an das Nachlaßgericht gerichteten Antrag entgegenzunehmen, entweder das Inventar selbst aufzunehmen oder dessen Aufnahme einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten zu übertragen (BGB. § 2003).

§ 2002. *Boschan II 78 ff.: Die Art der Mitwirkung der zugezogenen Behörde oder des Beamten ist im BGB. nicht näher bestimmt. Jedenfalls bedarf es der Mitwirkung, also der Anwesenheit bei Aufnahme des Inventars: eine Beurkundung der Behörde oder des Beamten, daß ihnen der Erbe das Inventar vorgelegt und dessen Vollständigkeit versichert habe, würde nicht ausreichen.

Die von dem Erben im Falle des § 2002 zugezogenen Behörden oder Beamten dürfen die beantragte Inventaraufnahme von der Zahlung eines Vorschusses nicht abhängig machen, da die Verzögerung wegen Ablaufs der Inventarfrist unter Umständen dem Erben einen unersetzlichen Nachteil bringen würde (§ 6 PrGKG.).

Eine Aufzählung der Behörden und Beamten, die in Preußen zur Inventaraufnahme zugezogen werden können, s. 79.

§ 2003. *Boschan II 83: Es schadet dem Erben nichts, wenn im Falle des § 2003 das Inventar erst nach Ablauf der Inventarfrist bei dem Nachlaßgericht eingeht. Aus diesem Grunde darf auch das Nachlaßgericht die Aufnahme des Inventars von der Zahlung eines Vorschusses (anders als im Falle des § 2002) abhängig machen, dagegen werden die Beamten und Behörden, auch die Notare (vgl. § 23 GebO.), wenn ihnen das Nachlaßgericht die Inventaraufnahme überträgt, ihre Amtstätigkeit auch ohne Vorschußleistung zu gewähren haben.

§ 2004. *Boschan II 85 f.: Das Inventar befindet sich auch dann bei dem „Nachlaßgerichte", wenn es bei den Vormundschaftsakten aufbewahrt wird und das Nachlaßgericht zugleich Vormundschaftsgericht ist. Dagegen genügt es nicht, auf das bei den Vormundschaftsakten befindliche Inventar Bezug zu nehmen, wenn die Vormundschaft bei einem anderen Gericht als dem als Nachlaßgericht zuständigen geführt wird.

Ob die Erklärung vor dem Ablaufe der Inventarfrist eingereicht ist, hat das Nachlaßgericht nicht zu prüfen, vielmehr ist die Erklärung selbst dann entgegenzunehmen, wenn ersichtlich die Inventarfrist versäumt ist. Die Erklärung kann auch dann schon abgegeben werden, wenn überhaupt noch keine Inventarfrist gestellt worden ist.

§ 2005. 1. *Boschan II: a) Sofern nicht die Voraussetzungen des § 2005 Abs. 1 gegeben sind, muß der Erbe für berechtigt erachtet werden, selbst nach Ablauf der Frist das Inventar zu berichtigen und zu vervollständigen, ohne besorgen zu müssen, daß die nachträgliche Berichtigung oder Vervollständigung den Rechtsnachteil der unbeschränkten Haftung nach sich ziehe. Demgemäß läßt auch der § 2006 Abs. 2 zu, noch vor Ableistung des Offenbarungseids das Inventar zu vervollständigen (89).

b) Die Bestimmung der Frist setzt den Antrag eines Nachlaßgläubigers voraus, mag es der erste Antragsteller oder ein anderer Nachlaßgläubiger sein. Ein Antragsrecht des Erben kann nicht in Frage kommen, da er, wie § 2006 Abs. 2 ergibt, auch noch nach Ablauf der Inventarfrist das Inventar vervollständigen kann (115).

c) Beruht die Unvollständigkeit des Inventars nicht auf den Angaben des Erben, sondern auf Versehen der durch das Nachlaßgericht mit der Inventaraufnahme beauftragten Beamten, so ist das Nachlaßgericht befugt, von Amts wegen die Vervollständigung des Inventars durch die betreffenden Beamten herbeizuführen, bevor es über den Antrag auf Bestimmung der neuen Frist entscheidet (116).

d) Die Frist kann in geeigneten Fällen auch auf weniger als einen Monat bestimmt werden (116).

e) Auch bei Abweisung des Antrags findet nur die sofortige Beschwerde statt und ist nur der Antragsteller beschwerdeberechtigt (FrGG. § 77 Abs. 2). Wird die Frist bestimmt, so kann sich die Beschwerde des Erben nicht dagegen richten, daß nach seiner Ansicht das Inventar vollständig sei, da, wenn es ordnungsmäßig errichtet ist, die Fristbestimmung ihm nicht schadet (116).

2. OLG. Dresden, SächsA. **14** 122 ff.: Bei der Nichtaufzählung von Aktiven ist zur Erfüllung der im Gesetz erwähnten Voraussetzung die Benachteiligungsabsicht nicht nötig; doch liegt eine absichtliche Herbeiführung der Unvollständigkeit nicht vor, wenn der Erbe einzelne Gegenstände veräußert hat, um dringliche Nachlaßschulden decken zu können, und dies bei der Aufnahme des Inventars anzeigt.

3. OLG. Breslau, R. **04** 387: a) Zur Vollständigkeit des Nachlaßverzeichnisses gehört die Angabe aller zur Zeit des Erbfalls vorhanden gewesenen Nachlaßgegenstände, auch wenn sie inzwischen veräußert sind. b) Ein Auslassen eines Nachlaßgegenstandes in einem formlosen, dem § 2002 nicht genügenden Nachlaßverzeichnisse, das zu den Nachlaßakten eingereicht ist, bewirkt nicht unbeschränkte Haftung, und es kommt deshalb darauf, ob diese Auslassung auf Absicht beruht, nicht an.

§ 2006. 1. *Boschan II 119: a) Ein Nachweis, daß das Inventar nicht mit der erforderlichen Sorgfalt errichtet sei, braucht, anders wie im Falle

des § 260, nicht erbracht zu werden, ebensowenig bedarf es der Vorlegung eines vollstreckbaren Titels.

b) Während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses darf ein Nachlaßgläubiger die Leistung des Offenbarungseids nicht verlangen, da in beiden Fällen der Erbe das Recht, über den Nachlaß zu verfügen, verloren hat (BGB. § 1984, KO. § 6), dieses Recht vielmehr durch den Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter ausgeübt wird (BGB. §§ 1978, 260 und KO. § 125).

c) Zur nochmaligen Eidesleistung ist der Erbe nur unter den Voraussetzungen des Abs. 4 verpflichtet. Der Eidesleistung vor dem Nachlaßgericht ist es gleich zu achten, wenn der Erbe auf Veranlassung des Nachlaßverwalters vor dem Prozeßgericht (ZPO. § 889) oder dem im § 261 BGB. bezeichneten Amtsgericht oder auf Veranlassung des Nachlaßkonkursverwalters vor dem Amtsgerichte, bei dem das Konkursverfahren anhängig war (KO. § 125), den Offenbarungseid geleistet hat.

d) Eine bestimmte Ladungsfrist ist nicht vorgeschrieben, doch wird die Ladung derart rechtzeitig vor dem Termine zugestellt sein müssen, daß unter gewöhnlichen Verhältnissen der Geladene wohl hätte erscheinen können. Der Erbe, der in dem Schwurtermin ausgeblieben ist, darf daher die Anberaumung eines neuen Termins verlangen, wenn er nachweist, daß der Termin so kurz angesetzt war, daß er ihn nach Lage der Verhältnisse nicht wahrnehmen konnte.

e) Hat im Falle des § 2008 der Ehemann das Inventar errichtet, so hat doch nur die Frau dessen Vollständigkeit zu beschwören, da die Befugnis des Mannes sich in dem Rechte der Inventarerrichtung erschöpft; der Frau bleibt es unbenommen, die nach ihrer Ansicht unvollständigen Angaben gemäß § 2006 Abs. 2 zu ergänzen.

f) Eine Zusammenstellung der in Nachlaßsachen, aber nicht vor dem Nachlaßgericht abzuleistenden Offenbarungseide s. 124.

2. Strohal (3) II 225: War das Inventar lediglich von der Frau errichtet worden, so kann das Verlangen auf Leistung des Offenbarungseids nur ihr gegenüber gestellt werden. Verweigerung der Eidesleistung und was dieser gleichsteht, hat die unbeschränkte Haftung der Frau gegenüber dem betreffenden Gläubiger in der Art zur Folge, daß auch der bis zum Ablaufe der ihm gegenüber maßgebenden Inventarfrist hinsichtlich der Inventarerrichtung untätig gebliebene Mann sich der nachteiligen Einwirkung jener Haftung auf seine Rechtsstellung nicht entziehen kann.

3. KGJ. **28** A 27 ff., ZBlFrG. **5** 415, RJA. **4** 201: a) § 2006 und demgemäß das im § 79 FrGG. geordnete Verfahren zur Leistung des Offenbarungseids, das lediglich eine Fortsetzung des die Inventarerrichtung betreffenden, in den §§ 1993—2005 und im § 77 FrGG. vorgesehenen Verfahrens ist, setzt ein von dem Erben errichtetes oder als von dem Erben eingereicht geltendes (§ 2004) Inventar voraus. b) Während der Dauer der Nachlaßverwaltung findet das Offenbarungseidverfahren nicht statt.

§ 2007. *Boschan II 106: Der § 2007 hat nur solche Nachlaßverbindlichkeiten im Auge, welche nur einen Erbteil betreffen, insbesondere die auf einem Erbteile lastenden Vermächtnisse und Auflagen oder die mit Bezug auf einen Erbteil entstandenen Gerichtskosten (§ 2 Abs. 2 des pr. GKG.).

§ 2008. *Boschan II 101, 103:

a) Es genügt zur Anwendung des § 2008, daß die Erbschaft bei Zustellung der Fristbestimmung zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute gehört, selbst wenn nachträglich die GG. endigt oder das eingebrachte Gut Vorbehaltsgut wird oder Gütertrennung eintritt.

b) Die Inventarfrist kann gegenüber dem Manne keine andere als gegenüber der Frau sein. Es genügt aber nicht, wenn die für die Frau bestimmte Fristsetzung auch dem Manne zugestellt wird, die Fristbestimmung muß vielmehr auch ihm gegenüber erfolgen. Eine Ersatzzustellung zu Händen der Frau (ZPO. § 181) ist zulässig.

c) Die Fristbestimmung ist auch dann dem Manne zuzustellen, wenn die Erbschaft erst, nachdem die Fristbestimmung der Frau zugestellt ist, aber noch während des Fristlaufs Bestandteil des eingebrachten Gutes oder des Gesamtguts wird. Ist daher einer Erbin vor ihrer Verheiratung eine Inventarfrist bestimmt worden und verheiratet sie sich, bevor die Inventarfrist abgelaufen ist, so muß die Fristbestimmung, um wirksam zu werden, auch noch dem Manne zugestellt werden.

d) Wird während des Fristlaufs die Ehe rechtskräftig geschieden oder hört die Erbschaft auf, zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute zu gehören, so läuft die dem Manne gestellte Frist weiter, da dieser anderenfalls in den kraft seiner Nutznießung erworbenen Rechten Einbuße erleiden und, wenn die Erbschaft zum Gesamtgute gehört, wegen der Nachlaßverbindlichkeiten persönlich in Anspruch genommen werden könnte (vgl. § 1459 Abs. 2 BGB.). Ist zur Wirksamkeit der Fristbestimmung die Zustellung an den Mann erforderlich, aber deshalb nicht möglich gewesen, weil dieser inzwischen gestorben oder die Ehe rechtskräftig geschieden ist, so wird nichts übrig bleiben, als die Fristbestimmung nochmals der Frau zuzustellen und die Frist erst von dem Tage der erneuten Zustellung zu berechnen (§ 2008 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

e) Die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt der Frau auch dann zustatten, wenn, bevor ihr oder ihm eine Inventarfrist bestimmt worden ist, er bereits ein ordnungsmäßiges Inventar bei dem Nachlaßgerichte eingereicht hat. Die Frau ist, selbst wenn ihr nachträglich eine Inventarfrist bestimmt wird, nicht mehr verpflichtet, diese Frist durch Errichtung eines neuen Inventars oder durch Abgabe einer dem § 2004 BGB. entsprechenden Erklärung zu wahren.

§ 2009. Strohal (3) II 208: Die Vermutung, daß z. Z. des Erbfalls weitere Gegenstände als die angegebenen nicht vorhanden waren, greift nicht auch im Verhältnisse des Erben zum Erbschaftsbesitzer, oder im Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben, zwischen Miterben, oder zwischen dem Erben und dessen persönlichen Gläubigern Platz.

§ 2011. Hörle, R. **04** 377: Auch durch Versäumung der etwa gesetzten Inventarfrist verliert der Fiskus das Recht der beschränkten Haftung nicht; §§ 781, 783 ZPO. gelten aber auch für den Fiskus. Die Verweigerung der Auskunfterteilung kann auch nur einen Schadensersatzanspruch begründen. Vgl. aber auch IDR. **1** zu § 2006.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. **RG.** SächsA. **14** 66 ff. a) läßt es dahingestellt, ob auch derjenige „etwas" aus der Erbschaft erlangt hat, der sich nur die Verfügung über unkörperliche Dinge anmaßt, meint aber, daß einer solchen beschränkten Auslegung weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Mot. zum Entw. I V 586; Prot. der II. Komm. V 707) zur Seite stehen;

b) läßt die Erbschaftsklage eines Erben gegen seinen Miterben als hereditatis petitio partiaria unter Bezugnahme auf § 1922 Abs. 2 zu. Vgl. IDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1 zu § 2018.

§ 2022. OLG. **8** 272 (KG.): Der Miterbe kann nicht wegen Auslagen für den Nachlaß die Herausgabe der Nachlaßgegenstände zur Versteigerung ver=

weigern; er kann seine Ansprüche nur allen Erben gegenüber nach § 2040 geltend machen.

§ 2025. Strohal (3) II 403 Anm. 27 b: Soweit der Erbschaftsbesitzer dem wahren Erben nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haftet, wird er sich wohl auch auf die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 berufen können.

§ 2027. 1. Abs. 1.

a) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 173: Die in Gütergemeinschaft befindlich gewesene Ehefrau, die das Gesamtgut hinter sich hat, ist nicht als Erbschaftsbesitzerin anzusehen, auch dann nicht, wenn sie an dem Anteile des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute als Erbin mitbeteiligt ist. Da aber die Erben des Ehemanns als Mitberechtigte an dem bis zur Auseinandersetzung ungeteilten Gesamtgute in einem Gemeinschaftsverhältnisse zu der Ehefrau stehen, so ist diese nach § 260 verpflichtet, ein Verzeichnis über den Bestand des Gesamtguts bei Beendigung der Gütergemeinschaft (nicht über den noch ungesonderten Nachlaß des Ehemanns) vorzulegen.

b) Die JDR. **2** Ziff. 2 zu § 2027 wiedergegebene Entscheidung des RG. findet sich auch SächsA. **14** 66 ff.; es wird dort noch ausgeführt, daß, wenn die Erbschaft nur aus körperlichen Gegenständen besteht und der Miterbe des Erbschaftsbesitzers seine an diesen bestehenden Anteile sämtlich an den Erbschaftsbesitzer verschenkt hat, der Miterbe von diesem nicht Auskunfterteilung fordern kann; denn die Klage auf Auskunfterteilung ist im Verhältnisse zur Klage auf Herausgabe der Erbschaft nur vorbereitender Natur; würde daher die letztere Klage an der Einrede der Schenkung scheitern, so darf diese Einrede auch einer Klage entgegengesetzt werden, die für einen gar nicht existierenden Anspruch nur die Unterlagen beschaffen soll und auf die Geltendmachung eines rein abstrakten, materiell inhaltslosen Erbrechts hinauslaufen würde.

2. Abs. 2.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **48**, Beilageheft 973 ff.: Die Erbengemeinschaft für sich allein begründet nicht das Recht und die Pflicht der Auskunfterteilung; wohl aber ist auch ein Miterbe, auch wenn er nicht Erbschaftsbesitzer ist, dann gemäß § 2027 Abs. 2 zur Auskunfterteilung verpflichtet, wenn er den Besitz der zum Nachlasse gehörigen Sachen tatsächlich ergriffen hat, gleichviel, ob er bei der Besitzergreifung in der Ausübung des ihm nach § 2038 Abs. 1 zustehenden Rechtes gehandelt oder gleichzeitig als unbeauftragter Geschäftsführer der anderen Erben tätig gewesen ist; in letzterer Beziehung vgl. Leonhard, Erbschaftsbesitz 117, Strohal (2) 534, Planck-Ritgen. Der auf Auskunft belangte Miterbe braucht jedoch über von ihm bestrittene Forderungen des Erblassers an ihn so lange keine Auskunft zu geben, als sie nicht durch Richterspruch als bestehend festgestellt sind.

b) OLG. **9** 34 (KG.): Das Recht auf Besitz und Benutzung der Schlüssel zur Mietwohnung gehört zum Nachlasse, die Schlüssel sind insoweit Bestandteil des Nachlasses; wer daher, bevor die Erben tatsächlich Besitz von dem Nachlaß ergriffen haben, die Schlüssel an sich genommen hat, ist zur Auskunfterteilung verpflichtet.

c) OLG. **9** 386 (KG.): Die Führung erbschaftlicher Geschäfte steht der Besitznahme von Nachlaßsachen nicht gleich.

§ 2028. 1. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 246 ff.: Verlangt der Erbe Auskunft über den Verbleib von Erbschaftsgegenständen, so hat er diese Gegenstände zu bezeichnen; nicht liegt dem Verpflichteten ob, dem Erben den Bestand dieser Gegenstände nachzuweisen.

2. BayObLG. 5 192, RJA. 4 166, ZBlFrG. 5 106: Der zur Leistung des Offenbarungseides gemäß § 79 FGG. bestimmte Termin und die Ladung zu diesem beeinträchtigen die Rechte desjenigen, von dem der Eid verlangt wird, nicht, da in dem Verfahren ein Zwang zum Erscheinen oder zur Eidesleistung nicht stattfindet, der Antragsteller vielmehr nur auf den Rechtsweg angewiesen ist; die Beschwerde des zur Leistung des Eides geladenen Teiles gegen Terminsbestimmung und Ladung ist deshalb nicht gegeben.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§ 2032. 1. Spaett, SeuffBl. **04** 105 ff., bemängelt die in Bayern übliche Praxis, wonach beim Versterben eines minderjährigen Kindes, das Vater und Geschwister als Erben hinterläßt, der Nachlaßrichter folgende Erklärung der Erben zu Protokoll entgegennimmt: „An dem für den Verlebten hypothekarisch versicherten Muttergute beantragen die erschienenen Erben, den auf den überlebenden Vater treffenden Hälfteanteil wegen Konsolidation zu löschen und den weiteren Hälfteanteil auf die Geschwister des Verlebten zu unter sich gleichen Anteilen als vererbt umzuschreiben." Denn eine Konsolidation ist nicht eingetreten, da der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben ist. Vor der Auseinandersetzung kann lediglich eine Umschreibung auf die Erbengemeinschaft stattfinden. Die Erklärung vor dem Nachlaßgerichte stellt auch keine Auseinandersetzung dar, weil die Aufhebung der Erbengemeinschaft bezüglich der Forderung und die Neubeschaffung von Bruchteilsanteilen der einzelnen Erben an der Forderung eine Verfügung über die Hypothekenforderung enthält und deshalb nach bayrischem Rechte der notariellen (nicht gerichtlichen) Beurkundung bedarf.

2. OLG. Colmar, R. **04** 553: Der Erblasser kann nicht einzelne Erben unmittelbar durch die Erbfolge zu Alleineigentümern bestimmter Nachlaßgegenstände machen; die ihm zugewendeten Grundstücke müssen ihm erst seitens der Miterben aufgelassen werden.

3. KGJ. **27** A 171, ZBlFrG. **5** 117 (KG.): Auch über das zu einem ungeteilten Nachlasse gehörige Recht an einem Grundstücke kann der Vormund eines Miterben nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen, da die Gemeinschaft mehrerer Erben kein von den einzelnen Erben verschiedenes Rechtssubjekt, keine juristische Person bildet, anderenfalls wäre die Genehmigung selbst dann entbehrlich, wenn sämtliche Miterben bevormundet würden (vgl. KGJ. **20** A 237 und OLG. **5** 411 zu f).

4. KGJ. **27** A 29 ff., OLG. **8** 338 (KG.): Bei der Gütergemeinschaft fällt der Erbteil eines Ehegatten, nicht aber dessen Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen in das Gesamtgut; der Mann bedarf zur entgeltlichen Verfügung über den Nachlaß mit den anderen Erben der Einwilligung der Frau auch dann nicht, wenn zu dem Nachlasse Grundstücke gehören, und ebensowenig zur entsprechenden Verfügung über ein Nachlaßgrundstück.

§ 2033. 1. Während Binder III 94 die Verfügung über das Mitgliedschaftsrecht in der Erbengemeinschaft für durchaus identisch mit der Verfügung über das Miterbenrecht erklärt, führt Strohal (3) II 97 ff. aus, daß die nach § 2033 erfolgende Übertragung eines Miterbenanteils etwas wesentlich anderes ist, als die bloße Abtretung des Anspruchs auf dasjenige, was den Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen wird. — Den Gegenstand der Übertragung bildet nach Strohal die Mitberechtigung des übertragenden Miterben am Gesamthandvermögen selbst.

2. Strohal (3) II 128: Verfügt ein Miterbe über seinen Anteil am ungeteilten Nachlasse, so erstreckt sich die Verfügung ohne weiteres auch auf die,

eine besondere Beschaffenheit des Anteilrechts bildende Ausgleichungsberechtigung; ist aber der Anteil am Nachlasse mit einer Ausgleichungspflicht belastet, so erlangt der Erwerber dementsprechend ein Anteilrecht von gemindertem Gehalt.

3. *Lederle, BadRpr. **04** 227: Mit dem Anteil am Nachlasse geht auch das Erbrecht (ius successionis), das „Erbe sein" über; der Erwerber tritt an die Stelle des Miterben. Daraus folgt u. a.:

a) Der Erwerber ist an die von den Miterben über die Verwaltung und Benutzung des Nachlasses und die Ausschließung der Auseinandersetzung getroffenen Maßnahmen und Vereinbarungen gebunden. Dabei findet § 1010 Anwendung.

b) Der Erwerber hat ein Recht auf Ausstellung eines Erbscheins als Miterbe und, wenn er alle Erbanteile in seiner Person vereinigt, als Alleinerbe. Dadurch vereinfacht sich die Auseinandersetzung; denn der Alleinerbe hat, wenn Nachlaßgrundstücke vorhanden, lediglich die Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen. Das gilt auch dann, wenn der Erblasser in einer Gemeinschaftsehe lebte. Ein früher erteilter Erbschein ist einzuziehen (§§ 2362, 2365).

c) Die Haftung des seinen Erbteil übertragenden Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten hört mit der Übertragung auf. Der § 2382 Abs. 1 findet keine Anwendung, weil diese Bestimmung auf dem Grundsatze der Universalsukzession beruht.

d) Der Erwerber des Erbteils hat für den Erwerb des ihm in der Auseinandersetzung zugeteilten Grundstücks keine Verkehrssteuer zu entrichten. Vgl. Bad. Verkehrssteuergeſ. §§ 1, 33 Ziff. 10.

A. M. Wendt, JDR. **1** Ziff. 4 und Schmale, JDR. **2** Ziff. 1 zu § 2033. In Ergänzung seiner Ausführungen wendet sich Schmale, ZBlFrG. **5** 366 ff. gegen die JDR. **2** Ziff. 3 zu § 2033 wiedergegebene Entscheidung des KG.

4. RJA. **4** 263, ZBlFrG. **5** 461 (KG.): Der Erbteilkäufer tritt vollständig in die Rechtsstellung des verkaufenden Miterben. Deshalb ist auf ihn auch § 41 GBO. anzuwenden, wonach die Auflassung ohne Umschreibung vorgenommen werden kann. Schon in der JDR. **2** Ziff. 3 zu § 2033 wiedergegebenen Entscheidung des KG. wurde der Erbteilkäufer als Erbe selbst angesehen.

5. Pfändung eines Erbteils.

a) Gegen Conrades (vgl. JDR. **2** Ziff. 2a zu § 2033), aber in Übereinstimmung mit KG. (JDR. **1** Ziff. 4 zu § 859 ZPO) hält es Hamburger, Gruchots Beitr. **48** 58 ff., für erforderlich, daß die erfolgte Pfändung des Erbanteils bei etwaigen zur Erbmasse gehörigen Grundstücken als Verfügungsbeschränkung zugunsten des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen wird, um gegen Dritte wirksam zu sein. Aus dem entsprechend anzuwendenden Abs. 3 § 1258 ist die Norm herzuleiten, daß dem Gläubiger bei der Auseinandersetzung zwischen den Miterben das Pfandrecht an den Gegenständen gebührt, welche an die Stelle des Erbanteils treten. Die Erbteilung bedeutet stets eine Aufhebung des gepfändeten Rechtes, die Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks schließt eine das Pfandrecht benachteiligende Änderung des Rechtes (des Erbteils) in sich; in beiden Fällen ist deshalb nach § 1276 die Zustimmung des Gläubigers erforderlich.

b) OLG. **7** 354 (KG.): Der Antrag auf Eintragung, daß sowohl der Erbanteil am Nachlaßgrundstück als auch der Anspruch auf Auseinandersetzung und Teilung des Nachlasses gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen sei, ist abzulehnen.

6. Meyer, SeuffBl. **04** 25 ff., über die Praxis des BayObLG. hinsichtlich der Bewertung von Verträgen auf Abtretung von Erbanteilen: Die Ab-

tretung an andere Miterben stellt sich als Verkauf eines Erbschaftsanteils und nicht als Erbschaftsauseinandersetzung dar. Als Wert ist derjenige zugrunde zu legen, der sich für den Anteil an dem Nachlaß aus dem Werte des Nachlasses nach Abzug der Schulden ergibt.

7. BayObLG., R. **04** 577: § 2033 enthält eine nur für die Erbengemeinschaft, nicht für die anderen Fälle der gesamten Hand geltende Sondervorschrift.

8. Die Entscheidung JDR. **2** Ziff. 3 a. E. zu § 2033, nach der der Miterbe, auf den der ganze Nachlaß übertragen wird, Eigentümer der einzelnen Nachlaßgegenstände wird, wie es der Alleinerbe wäre, findet sich auch OLG. **8** 105, SchlHolstAnz. **04** 77.

9. Abs. 2.

a) KGJ. **28** A 111, ZBlFrG. **5** 454, RJA. **4** 253 (KG.): Im Gegensatze zum früheren preuß. Rechte (OTr. **80** 75, **RG. 16** 251; **36** 319, Turnau, GBO. (5) II 174, KGJ. **8** 85; **15** 123) kann ein Miterbe seinen Anteil an einem Nachlaßgrundstücke vor erfolgter Aufhebung der Erbengemeinschaft ebensowenig wie mit einer Hypothek — vgl. KGJ. **20** A 85, JDR. **1** Ziff. 5 zu § 2033 — auch mit einer Vormerkung für eine Hypothek belasten, wobei dahingestellt bleiben kann, ob die Eintragung einer solchen eine Verfügung des Miterben im Sinne des § 2033 Abs. 2 darstellt, da aus den §§ 1095, 1106, 1114, 1192, 1199 der Grundsatz zu entnehmen ist, daß Eintragungen, welche die Wirkung haben, daß durch sie die Sicherung oder Befriedigung eines Rechtsanspruchs aus dem Grundstück im Zwangswege gewährleistet wird, auf Teilen von Grundstücken, die keine Bruchteile darstellen, unstatthaft sind (KGJ. **24** A 126). Abgesehen hiervon bedürfte es der Bewilligung sämtlicher Miterben, da das Grundstück im Gesamteigentume der Miterben steht und einem einzelnen Erben weder ganz noch zu einem Bruchteile gehört.

b) BayObLG., R. **04** 552 nimmt an, daß ein Erbe durch Vertrag eine ihm zustehende Erbschaftsforderung an einen Miterben abtreten kann (§ 2039).

c) Mitbesitz.

Daß ein Miterbe sich an einer nach § 857 in den Besitz aller Miterben gelangten Sache zunächst den Alleinbesitz verschaffen und dann wieder die Überlassung der Sache an einen anderen zu Alleinbesitz oder Mitbesitz bewirken kann, nimmt Strohal (3) II 86 Anm. 6a mit Wolff in Iherings J. **44** 154 an; Strohal versagt jedoch gegen Wolff dem Miterben die Möglichkeit, bei ungeändertem Bestande des nach § 857 begründeten Mitbesitzes den Alleinbesitz oder auch nur seinen Mitbesitz nach § 854 Abs. 2 durch Einigung mit dem Erwerber, also rechtsgeschäftlich, übertragen zu können.

d) OLG. Breslau, R. **04** 164: Die Verfügungsschranken des Erben im § 2033 sind ebenso wie im § 2211 gesetzliche Veräußerungsverbote zum Schutze bestimmter Personen (§ 135).

§ 2034. 1. Gegen Binder III 125 Anm. 126 und in Abänderung seiner in der 2. Aufl. 347 Anm. 23 ausgesprochenen Ansicht führt Strohal (3) II 100 Anm. 23 aus: Erfolgt der Verkauf nicht durch einen Miterben, sondern durch einen solchen Rechtsnachfolger desselben, dessen nach § 2033 erfolgten Eintritt in die Erbengemeinschaft die übrigen Miterben nicht abwenden wollten oder konnten, so wird man sich trotzdem für die Anwendung des § 2034 zu entscheiden haben.

Auch ein in die Erbengemeinschaft eingetretener extraneus ist vorkaufsberechtigt.

2. a) OLG. **9** 387 (KG.): Die Ausübung des Vorkaufsrechts begründet nur das Recht auf die Übertragung des Anteils, so daß, falls der verkaufte Anteil bereits auf den Käufer übertragen worden ist, behufs Überganges auf den

Vorkaufsberechtigten noch eine Einigung zwischen diesem und dem Käufer erforderlich ist.

b) Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar.

§ 2036. Während Binder III 128 die Fortdauer der in der Person des Käufers etwa bereits eingetretenen unbeschränkten Haftung annimmt, führt Strohal (3) II 370 aus, daß der Käufer des Erbteils mit der Übertragung desselben an den vorkaufsberechtigten Miterben von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei wird, auch wenn er das Recht zur Beschränkung seiner Haftung verloren hat.

§ 2038. 1. Merzbacher, GmbHG. § 18 Anm. 1: Jeder Miterbe eines Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist den anderen Miterben gegenüber verpflichtet, zur Ausübung des Stimmrechts in der Versammlung der Gesellschafter mitzuwirken.

2. RG. BadRpr. **04** 101: Die bei der Verwaltung des Nachlasses eingezogenen Beträge treten an die Stelle der Forderungen oder veräußerten Nachlaßstücke; auf ihre Teilung unter den Miterben kommen deshalb die für Nachlaßteilungen geltenden Rechtsgrundsätze zur Anwendung.

3. BayObLG., SeuffBl. **04** 239: Das die Auseinandersetzung vermittelnde Nachlaßgericht ist nicht berufen, die Befriedigung des Nachlaßgläubigers selbst in die Hand zu nehmen, zu diesem Zwecke Nachlaßforderungen einzuziehen und sich in das Rechtsverhältnis einzumischen, das zwischen einem Pfandgläubiger, dem eine Nachlaßforderung verpfändet ist, und dem Drittschuldner besteht. Bei drohender Gefährdung des Nachlasses durch die Einziehung der Forderung seitens des Pfandgläubigers muß das Prozeßgericht um eine einstweilige Verfügung angegangen werden.

4. OLG. Posen, R. **04** 336, ZBlFrG. **5** 148: Einzelne Miterben können — wie schon nach altem preuß. Rechte — auf Anerkennung bestrittener Rechte der Erbengesamtheit und Klarstellung des Umfanges der Erbschaftsmasse Klage erheben.

§ 2042. 1. *Boschan II: a) Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los (§ 752 Satz 2). Darüber, wer das Los zu ziehen hat, ist im Gesetze nichts bestimmt. Wenn die Beteiligten sich nicht einigen können, wird durch Urteil über die Art der Losziehung zu entscheiden sein. Nicht als zulässig kann es erachtet werden, den Richter mit der Losziehung zu beauftragen, da dieser nach Art. 1 PrFrGG. und § 6 Nr. 1 FrGG. nicht in der Lage ist, seine eigene Handlung der Losziehung zu beurkunden. Dagegen könnte einem etwa zugezogenen Gerichtsschreiber die Losziehung übertragen werden, ohne daß hierdurch die Wirksamkeit der Beurkundung beeinträchtigt wird, da es sich nicht um die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts handelt und § 6 FrGG. sich nur auf den Richter bezieht.

b) Wenn im § 753, auf den § 2042 Abs. 2 verweist, die Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1228 ff.) für entsprechend anwendbar erklärt sind, so folgt daraus, daß jeder Miterbe, ohne daß es der Zustimmung der übrigen Erben oder ihrer Verurteilung zur Duldung des Verkaufs bedarf, berechtigt ist, den Verkauf beweglicher Nachlaßsachen und der in den §§ 1293, 1295 genannten Wertpapiere nach den Vorschriften über den Pfandverkauf zu bewirken und zu diesem Zwecke, sofern er seine Miterbeneigenschaft nachweist, unmittelbar und ohne Mitwirkung des Gerichts die zur Beurkundung des Verkaufs berechtigten Beamten oder Behörden anzugehen. Immerhin handelt es sich aber hierbei um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wenn daher über die Verkaufsbefugnis des Antragstellers Streit herrscht, diesem z. B. die Miterbeneigenschaft bestritten wird, so hat der angegangene Beamte die Vornahme des Verkaufs abzulehnen. Der Verkauf einer gemeinschaftlichen

Forderung (§ 754 Satz 1) fällt nicht unter § 753 und bedarf daher der Zustimmung sämtlicher Miterben oder ihrer diese ersetzenden Verurteilung (294, 297).

2. Josef, DNotVZ. **4** 121ff.: Bei der Auseinandersetzung unverteilt gebliebene Gegenstände stehen als einzelne Stücke im ideellen Miteigentum der Miterben; teilbare Forderungen wie Geldforderungen sind nach § 420 ohne weiteres geteilt. Ein nochmaliges gerichtliches Auseinandersetzungsverfahren kann deshalb nur dann stattfinden, wenn das Hervortreten der ungeteilt gebliebenen Nachlaßstücke die Folge hat, daß als Gegenstand der erfolgten Auseinandersetzung nicht mehr der Nachlaß in seiner Gesamtheit gelten kann.

LG. Colmar, ZBlFrG. **5** 223f: Eine Erbauseinandersetzung kann begrifflich nur einmal erfolgen. Bleiben dabei einzelne Vermögensstücke unverteilt, so bleiben diese nicht in Erbengemeinschaft zur gesamten Hand, sondern für sie tritt Gemeinschaft nach Bruchteilen ein. Bei Liegenschaften bedarf es hierzu der Auflassung, die die Ausführung des obligatorischen Teilungsvertrags bedeutet.

OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 493, R. **04** 450, nimmt dagegen an, daß, wenn bei einer Erbauseinandersetzung einzelne Grundstücke ungeteilt gelassen werden, sie im Miteigentum der Erben bleiben, ohne daß es noch der Auflassung und Eintragung des Miteigentums bedurfte; durch die bruchteilsmäßige Bestimmung der einzelnen Anteile wird keine Eigentumsübertragung herbeigeführt, das Miteigentum tritt durch bloße Vereinbarung ein. Vgl. dagegen Ziff. 3.

3. **RG. 57** 432ff.: Zur Umwandlung des Gesamteigentums an einem Nachlaßgrundstück in Miteigentum der Erben bedarf es der Auflassung und zur Gültigkeit eines hierauf gerichteten Vertrags der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Übereinstimmend mit den **RG. 56** 96, 206, 430 für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft aufgestellten Grundsätzen und mit KG.; vgl. IDR. **1** zu § 2042. Über den Erwerb des Eigentums an einem Nachlaßgrundstück seitens eines der Erben durch Erwerb der Erbanteile der anderen vgl. IDR. **1** Ziff. 7, 8, **2** Ziff. 3 zu § 2033.

4. **RG.** JW. **04** 61, ZBlFrG. **4** 493, DNotVZ. **4** 437: Der Erbauseinandersetzungsanspruch kann nur gegen sämtliche Miterben geltend gemacht werden.

5. KG., PosMschr. **04** 9: Der im Auseinandersetzungsvertrage das Nachlaßgrundstück übernehmende Miterbe hat kein Beschwerderecht dagegen, daß das Vormundschaftsgericht für die minderjährigen Überlasser die Genehmigung des Vertrags versagt.

6. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 246ff.: Die Klage muß auf eine bestimmte Art der Teilung gerichtet werden, sie muß diejenigen bestimmten Handlungen oder Willenserklärungen bezeichnen, zu denen in Ansehung der Nachlaßgegenstände der beklagte Miterbe verurteilt werden soll. Planck Anm. 3 vor § 2042, SeuffA. **57** Nr. 106.

§ 2043. Während Binder III 240 die Auseinandersetzung nur zwischen endgültigen Erben zulassen will, führt Strohal (3) II 104 Anm. 4 aus, daß der Umstand allein, daß ein Miterbe den auf ihn entfallenden Anteil der Erbschaft noch nicht angenommen hat, der Vornahme der Auseinandersetzung nicht entgegenstehe. Ist in Ansehung eines Erbteils ungewiß, wer zum endgültigen Erwerbe gelangen wird, so wird der in Frage kommende Teilerbe auch bei der Auseinandersetzung durch einen Nachlaßpfleger vertreten.

§ 2044. 1. Binder II 242ff.: Durch die Ausschließung der Auseinandersetzung begründet der Erblasser eine Rechtspflicht, keine bloße Pietätspflicht, und zwar eine Verpflichtung der sämtlichen Erben, die ihnen um deswillen von

ihren Miterben nicht erlassen werden kann, weil diese damit ihre eigene Pflicht verletzen. § 137, der dem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot die Wirkung, sein Objekt zu einem unveräußerlichen zu machen, versagt, entzieht damit nur die Verkehrsfähigkeit der Rechtsobjekte der Privatdisposition, und ist zur Entscheidung der Frage, ob die Miterben fähig sind, alle Rechtshandlungen, die zur Auseinandersetzung erforderlich sind, vorzunehmen, nicht heranzuziehen.

2. Strohal (3) II 108: Die auf den Aufschub der Auseinandersetzung sich beziehende Verfügung des Erblassers bewirkt nur eine Ausschließung bzw. Beschränkung des dem einzelnen Miterben gegen die übrigen Erben zustehenden Rechtes, die Auseinandersetzung zu verlangen, macht dagegen die Durchführung einer von den Miterben einverständlich angestrebten Auseinandersetzung nicht rechtlich unmöglich. — Die von den Miterben zum Zwecke der vom Erblasser „ausgeschlossenen" oder „beschränkten" Auseinandersetzung in Ansehung von Nachlaßgegenständen vorgenommenen Verfügungen sind als wirksam zu behandeln.

§ 2045. Rheinstein, ZBlFG. **5** 353: Wenn ein Miterbe die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks gemäß § 175 ZVG. betreibt, so kann er in entsprechender Anwendung des § 2045 Aufschub der Auseinandersetzung bis zur Beendigung der Versteigerung verlangen, da § 175 ZVG. wie die im § 1970 dem Erben gegebene Befugnis den Zweck hat, das Maß der persönlichen Haftung des Erben festzustellen und deshalb eine Ergänzung des § 1170 bildet.

§ 2048. 1. BayObLG., R. **04** 450: Die Bestimmung über den Übergang des Vermögens auf den überlebenden Mann gegen Auszeigung des Mutterguts an die Kinder hat die Bedeutung einer Teilungsanordnung.

2. OLG. **9** 396 (KG. u. Colmar): Die Teilungsanordnung hat keine dingliche Wirkung.

§ 2049. Eck-Leonhard III 61: Wenn z. B. der Ertragswert eines Ritterguts 100000 Mark ist, aber die Hypothekenschulden 120000 Mark betragen, wird man wohl sagen müssen, daß die Auslegungsregel („im Zweifel"!) keine Anwendung findet, da sonst der berechtigte Miterbe außer dem Gute noch 20000 Mark herausbekäme, wenn er das Landgut mit den Hypothekenschulden übernimmt.

§ 2050. 1. Binder III: a) Die Ausgleichungsfrist ist nicht obligatorischer Natur, sie beruht auf der verschiedenen Größe der Erbteile. Durch eine ausgleichungspflichtige Zuwendung werden die Erbteile selbst verschoben (176).

b) Abkömmlinge im Sinne des § 2050 sind nicht nur die leiblichen ehelichen Nachkommen des Erblassers, sondern auch alle anderen Personen, welche die rechtliche Stellung ehelicher Nachkommen haben, also an Kindes Statt angenommene, legitimierte, für ehelich erklärte Kinder, solche aus nichtiger Ehe und bezüglich des Nachlasses der Mutter und ihrer Aszendenten auch uneheliche Kinder (156).

c) Der Erblasser kann bei Zuwendungen, die unter Abs. 2 fallen, die Ausgleichungspflicht nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten ausschließen (144).

d) Insoweit eine Zuwendung auf den Pflichtteil anzurechnen ist (§ 2315), wird die Anordnung der Ausgleichung wirkungslos sein, wenn durch sie der Pflichtteil des Empfängers verletzt werden würde (167).

2. *Magnus, Ausgleichungspflicht nach dem BGB.: Eine besondere Form ist für die Ausschließung der Ausgleichungspflicht nicht erforderlich, selbst dann nicht, wenn für das Zuwendungsgeschäft besondere Formvorschriften gegeben sind. Selbst stillschweigend kann eine solche Bestimmung getroffen werden,

vorausgesetzt, daß aus schlüssigen Tatsachen sich eine derartige Anordnung des Erblassers entnehmen läßt; vgl. Beispiel: 9 Anm. 6. Ein Erlaß der Ausgleichungspflicht kann nur sogleich „bei der Zuwendung" erfolgen, spätere einseitige dahingehende Erklärungen des Zuwendenden sind wirkungslos. — Ein Erlaß der Ausgleichung der in Abs. 2 genannten Objekte ist zulässig. Hierfür spricht, daß die Zuschüsse und Aufwendungen des Abs. 2 unter den Gesamtbegriff der Ausstattung fallen und Abs. 2 nur eine gewisse Beschränkung der Ausgleichung dieser beiden Arten der Ausstattung gibt. Daß im § 2316 Abs. 3 nur Zuwendungen des § 2050 Abs. 1 erwähnt sind, kann nicht als Beweis der Unzulässigkeit des Ausgleichungserlasses bezüglich Abs. 2 § 2050 herangezogen werden, dies zeigt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 2050. Näheres 18ff. Derselben Ansicht Eck-Leonhard III 63f. A. M. Schiffner (§ 21) 92.

3. *Boschan II 314: Die Kosten des Hochzeitsmahls und der Hochzeitsreise gehören nicht zur Ausstattung.

§ 2051. *Magnus 45: Gleichgültig ist der Grund des Wegfalls des Abkömmlings. Ebenso Binder III 157. Der an die Stelle des weggefallenen Abkömmlings Tretende braucht nicht auch ein Abkömmling des Weggefallenen zu sein. Ebenso Eck-Leonhard III 65. Keine Voraussetzung des § 2051 Abs. 1 ist es, daß der an die Stelle des Weggefallenen tretende Abkömmling diesen beerbt, oder die diesem vom Erblasser gemachte ausgleichungspflichtige Zuwendung auf andere Weise erhalten hat. Die Ausgleichungspflicht lastet kraft Gesetzes auf dem Intestaterbteil. Durch Abs. 2 ist nur eine Pflicht des Ersatzerben, den Vorempfang des Weggefallenen zur Ausgleichung zu bringen, begründet, nicht jedoch tritt er in die Rechte desselben auf Ausgleichung der den anderen Abkömmlingen gemachten Zuwendungen ein.

§ 2052. *Magnus: Setzt der Erblasser seine Abkömmlinge ohne Angabe der Erbteile ein und wendet er einem von ihnen ein Vorausvermächtnis zu oder beschwert er ihn mit einem Vermächtnisse, so findet trotzdem die Ausgleichung statt, da hierdurch das Verhältnis der Erbteile nicht berührt oder geändert wird.

§ 2053. *Magnus 57: Macht der Erblasser eine Zuwendung an den entfernten Abkömmling in dem irrtümlichen Glauben, daß diesem ein näherer Abkömmling nicht vorangehe, so findet in diesem Falle die Ausgleichung statt. Ebenso Strohal 82.

§ 2054. *Magnus 65: Die Bestimmung des § 2054 ist zur Vermeidung von Unbilligkeiten gegeben. S. Beispiele 65. Wer nach § 2054 als Geber der Zuwendung gilt, ist auch für den auf ihn kommenden Teil zur Anordnung und Ausschließung der Ausgleichungspflicht gemäß §§ 2050, 2053 berechtigt.

§ 2055. 1. *Magnus: Aus dem Nichterheben des Ausgleichungsanspruchs bei der Auseinandersetzung stets auf einen Verzicht dieses Anspruchs zu schließen, ist nicht gerechtfertigt. Der Erblasser kann über die Zeit der Berechnung des Wertes der Zuwendung besondere Bestimmung treffen, da § 2055 dispositiven Charakters ist. Bestreiten Miterben die Angabe des Ausgleichungspflichtigen über den Wert der Zuwendung und behaupten sie einen höheren Wert als den angegebenen, so lastet auf ihnen die Beweispflicht.

2. *Tecklenburg, Lebzeitige Zuwendungen 80, 89: Soweit Abs. 1 die sog. Einwerfmethode beschreibt, ist er bloß erläuternder Natur, daher unverbindlich und also entbehrlich, so sein ganzer Satz 2. Jede andere Rechnung, sofern sie mit demselben Resultate die Ausgleichung durch Anrechnung zu Wege bringt, ist gleichfalls gesetzmäßig, so insbesondere die landrechtliche sog. Ausgleichungsmethode.

§ 2056. 1. Strohal (3) II 131 und Binder III 193 führen aus, daß der Umstand, daß auf einen Miterben bei der Auseinandersetzung infolge der Ausgleichungspflicht nichts entfällt, an dessen Erbenqualität nichts ändert. Strohal benennt einen solchen Erben „heres sine re“; dieser Ausdruck wird von Binder abgelehnt, weil der Erbe nicht sine re ist, sondern seine res nur nicht aus der hereditas erhält, da er sie schon vorher erhalten hat.

2. *Tecklenburg a. a. O.: Satz 1 ist überflüssig, weil, wer bloß Anrechnung zu dulden hat, nicht auch zur Herausgabe eines Überschusses seines Anrechnungspostens verpflichtet ist (80). Für Satz 2 gilt das zu § 2055 Gesagte (86). Überdies ist die in ihm angegebene Rechnungsweise nicht diejenige, die sich am leichtesten als den Prinzipien der in Betracht kommenden Rechtsinstitute der Erbfolge und der Ausgleichung entsprechend erkennen läßt. Solches gilt vielmehr von der Berücksichtigung der übererbteilsgleichen Konferenden nur bis zur Höhe des erbteilsgleichen Konferendumsbetrags (85, 59).

3. *Magnus 107: Der überlastete Abkömmling gilt hinsichtlich seiner Erbansprüche als durch die Zuwendung für befriedigt. — „Sein Erbteil bleibt außer Ansatz“ bedeutet nicht, daß seine Person bei Ermittelung der Erbquoten nicht mitgerechnet wird, denn nur sein Erbteil, nicht er als Erbe, bleibt außer Ansatz. Zur Ermittelung der einzelnen Erbquoten wird er mitgerechnet und alsdann der Nachlaß nach dem Verhältnis dieser Erbquoten unter die nicht überschwerten Miterben geteilt.

§ 2057. 1. *Magnus a. a. O. 88: Die Auskunftspflicht bezieht sich auf folgende Punkte:

a) Hat der Verpflichtete oder der Abkömmling, an dessen Stelle er gemäß § 2051 getreten ist, Zuwendungen der im § 2050 [1, 2] bezeichneten Art erhalten und welche?

b) Hat der Verpflichtete resp. der oben erwähnte Abkömmling nach § 2050 [3] der Ausgleichung unterliegende Zuwendungen erhalten?

c) Zu welcher Zeit sind die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen gemacht worden, welche Beschaffenheit und welchen Wert hatten sie, wie groß waren sie?

Die Auskunftspflicht besteht gegenüber jedem Miterben und nicht nur der Gesamtheit der Erben gegenüber.

2. Strohal (3) II 127: Das Recht auf Auskunfterteilung kommt jedem Miterben selbständig zu.

3. **RG. 58** 88, JW. **04** 385, Puchelts Z. **35** 398, PfälzRpr. **1** 76: Der ausgleichungspflichtige Miterbe hat nicht nur diejenigen Zuwendungen anzugeben, die zur Ausgleichung zu bringen sind, sondern alles, was er vom Erblasser empfangen hat, auch ohne daß zunächst das Vorhandensein von Zuwendungen festgestellt ist, da sonst das Verlangen nach Auskunft illusorisch wäre. A. M. Meyer, Beyer, JDR. **1** zu § 2057.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. 1. Strohal (3) II 332: In Ansehung der nicht allen Miterben gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt sich die gesamtschuldnerische Haftung auf die durch sie getroffenen Miterben.

2. *Boschan II 300: Über die Behandlung gemeinschaftlicher Kosten bei der Erbteilung. Hat ein Miterbe derartige Kosten bezahlt oder verauslagt, so tritt er nicht, wie im Falle des Konkurses, ohne weiteres an die Stelle des befriedigten Gläubigers (§ 225 Abs. 2 KO.), sondern er kann, wenn dieser ihm nicht etwa seine Forderung gegen den Nachlaß abgetreten hat, nur die Berichtigung seiner Erstattungsforderung aus den auf die Miterben entfallenden Erbteilen verlangen (§ 756) (302).

3. SächsOLG. **25** 364: Der Miterbe, der zugleich Nachlaßgläubiger ist, kann schon vor Teilung des Nachlasses von seinen Miterben Befriedigung seiner Forderung beanspruchen. Dagegen OLG. Naumburg, SeuffA. **59** 97, umgekehrt unter Berufung auf den Satz „dolo facit, qui petit, quod redditurus est“, auf die bisherige preußische Praxis, die §§ 2059, 2063, die mindestens nicht das Gegenteil verlangten, und die darin zusammentreffenden beiderseitigen Interessen.

§ 2059. 1. *Fuchs, GruchotsBeitr. **48** 163; vgl. auch Eccius, Gruchots Beitr. **43** 828 (a. M. Kreß, Die Erbengemeinschaft): Die Klage gegen den einzelnen Miterben kann nur gerichtet sein auf solidarische Verurteilung zur Leistung mit Vollstreckbarkeit gegen ihn, unter Möglichkeit einer Beschränkung der Vollstreckung auf den Erbanteil, während die Klage gegen alle Miterben auf Leistung aus dem Nachlasse gerichtet ist. Beide Klagen haben zwar denselben Klagegrund, aber die konkrete, aus ihm abgeleitete Rechtsfolge, der Anspruch, ist nicht derselbe. Gerade durch die Identität dieser Rechtsfolge ist aber die Einrede der Rechtshängigkeit bedingt. Deshalb können die Miterben, solange die Prozesse gegen die einzelnen Miterben noch nicht rechtskräftig entschieden sind, der gegen sie zusammen auf Leistung aus dem Nachlasse gerichteten Klage nicht die Einrede der Rechtshängigkeit auf Grund der gegen sie einzeln erhobenen Prozesse entgegensetzen.

2. Strohal (3) II: a) Sind nur zwei Miterben vorhanden, so kann in der unter ihnen vorgenommenen Auseinandersetzung eine Teilung des Nachlasses dann nicht erblickt werden, wenn sich herausstellt, daß dem einen von ihnen mit Rücksicht auf die ihn treffende Ausgleichungspflicht nichts, dem anderen dagegen unter Berücksichtigung der ihm zukommenden Ausgleichungsberechtigung der ganze Nachlaß gebührt. Hiernach kann die Haftung desjenigen Erben, auf welchen der ganze Nachlaß entfallen ist, keinesfalls zu einer nur anteiligen werden (366).

b) In der rücksichtlich einzelner Gegenstände vorgenommenen Teilung ist eine Teilung des Nachlasses im ganzen noch nicht zu erblicken, während die Annahme einer Teilung des Nachlasses dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß einzelne zum Nachlasse gehörende Gegenstände noch nicht geteilt worden sind (354).

Binder III 308 f., 319 sieht dagegen die Teilung des Nachlasses schon dann als erfolgt an, wenn ihm die Miterben auch nur einzelne Gegenstände entnommen und diese unter sich geteilt haben.

c) Der Abs. 1 Satz 1 ist ein nur für den Fall der Erbenmehrheit geltender Sonderrechtssatz, welcher dem nicht bereits unbeschränkt haftenden Miterben, selbst wenn die Voraussetzungen der §§ 1990, 1992 nicht vorliegen, ein Mittel zur Geltendmachung der Beschränkung der Haftung gibt (335).

Binder III 272 ff. will daraus, daß Miterben in solcher Weise die Haftungsbeschränkung durchsetzen können, den Schluß ziehen, daß auch dem Alleinerben die Möglichkeit zustehe, ohne Nachlaßseparation sein Eigenvermögen vor dem Zugriff der Nachlaßgläubiger zu schützen. Er bezeichnet die Vorschrift des § 2059 als den schlagendsten Beweis für die grundsätzlich beschränkte Haftung des Erben.

3. Meyer, R. **04** 217, Streifzüge 42: Der Beweis der Teilung des Nachlasses liegt dem Gläubiger ob. Führt dieser den Beweis nicht, so siegt der Miterbe, dem eigene Sachen gepfändet sind, ob, wenn er nach §§ 781, 785, 767 ZPO. Klage erhebt, sofern nicht der Gläubiger nachweist, daß der Miterbe unbeschränkt haftet, d. h. gegen §§ 1994, 2005 oder 2006 verstoßen hat (vgl. Meyer zu §§ 322 Abs. 1, 731, 780 ZPO.). Ebenso OLG. Dresden, SächsA. **14** 241; OLG. Breslau, R. **04** 387.

4. Eck-Leonhard III 81: Der Gläubiger wird gut tun, gegen sämtliche Miterben Klage zu erheben, um in den ungeteilten Nachlaß vollstrecken zu können; zugleich aber wird er gut tun, seine Klage auch auf Verurteilung jedes einzelnen Miterben zur vollen Leistung zu richten; dann hat er zur Beitreibung dieser schon vor der Teilung auch den Zugriff auf den Anteil jedes einzelnen Miterben am Nachlaß und nach der Teilung einen Vollstreckungstitel gegen das Vermögen des einzelnen Miterben.

§ 2060. 1. Binder III 329 Anm. 66 führt aus, daß in dem Falle, wo 3 Miterben A., B. u. C. unbeschränkt haften und A. eine Ausstattung auszugleichen hat, die Haftung durch die Verschiebung der Anteile durch die Kollation beeinflußt wird. — Strohal (3) II (in Abänderung des in der 2. Aufl. eingenommenen Standpunkts) lehrt, daß in solchem Falle jeder Miterbe unbeschränkt für ein Drittel der Forderung den Nachlaßgläubigern gegenüber haftet, daß im Verhältnis der Miterben untereinander jedoch dem bei der Auseinandersetzung leer ausgegangenen Ausgleichungspflichtigen von dem Miterben die Last der Haftung gegenüber dem Gläubiger abzunehmen und ihm event. das diesem bereits Geleistete zu ersetzen ist (365). Haften die Erben nach der Teilung des Nachlasses für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt und zugleich auch nur anteilig, so bestimmt sich ihre anteilige Haftung nicht lediglich nach den nominellen Erbteilen, sondern es sind hierbei auch die Verschiebungen mit zu berücksichtigen, welche jene infolge der Ausgleichung erfahren haben (364).

2. Strohal (3) II 351: § 2060 Ziff. 3 gilt nur gegenüber solchen Gläubigern, für welche der Zwangsvergleich nicht maßgebend ist. A. M. Binder III 326 Anm. 58.

Dritter Abschnitt. Testament.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Von größeren Werken sind in diesem Berichtsjahre die beiden weiteren Bände von Binders Rechtsstellung des Erben, Boschan, Die Nachlaßsachen Der Erbschein und Das Recht der Erbfolge, Eck, Vorträge über das Recht des BGB., herausgegeben von Leonhard, Bd. III, P. Meyer, Erbrecht, und die 3. Auflage von Strohals Erbrecht berücksichtigt. Die noch aus 1901 stammende Monographie von Magnus über die Ausgleichungspflicht hat in diesem Jahre nachträgliche Berücksichtigung gefunden. —

Literatur: Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis. — Dernburg, Die Auslegung der Testamente, DJZ. **04** 1 ff. — Eck-Leonhard, Vorträge III. — P. Meyer, Das Erbrecht (1904). — Strohal, Das deutsche Erbrecht (3).

§ 2064. **RG. 59** 80 ff.: Über Berechnung der Erbschaftssteuer für den Anfall aus einem im Bereiche des preußischen Allgemeinen Landrechts errichteten gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten, wenn beide Erblasser erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben sind.

§ 2065. *Krug, Die Zulässigkeit der reinen Willensbedingung: Die Bestimmung des Abs. 1 hat eine Verfügung im Auge, die durch eine bloße Willenserklärung (ein reines Wollen) des anderen bedingt: dagegen soll die Verfügung durch eine „Handlung" des anderen, soweit diese nicht bloß eine verkleidete Willenserklärung ist, bedingt werden können (Mot. V 30, Prot. V 16, 19).

Die Bestimmung erregt praktische Bedenken, da es schwierig ist, die auf eine „Handlung" und die auf eine bloße Willenserklärung abgestellte Bedingung zu unterscheiden. Sie ist in Anlehnung an die gemeinrechtliche Theorie erlassen, wonach eine Vertretung im letzten Willen unzulässig ist. Eine solche Vertretung im letzten Willen liegt jedoch da gar nicht vor, wo der andere nur über das

Wirksamwerden einer vom Erblasser erlassenen Verfügung befinden soll. Dies wird regelmäßig der Sinn der durch eine Willenserklärung eines anderen bedingten Verfügung sein (192).

§§ 2066 ff. 1. **RG. 59** 83 f.: Der die Rechtswirkung des Testaments bestimmende Wille der Erblasser, dem sie durch die vor 1900 erfolgte Errichtung haben Ausdruck geben wollen, ist auf Grund der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erforschen, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist. Der Inhalt der letztwilligen Verfügung ist daher nach den Auslegungsvorschriften der §§ 133, 2066 ff. und 2084 BGB. festzustellen; denn auch diese Vorschriften sind ein Teil des nach Art. 213 EG. anzuwendenden neuen Rechtes. Zwar bemerken die Motive (311) zum Art. 129 des Entwurfes zum EG. (jetzt Artt. 213, 214), es verstehe sich von selbst, daß für die Auslegung einer vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten letztwilligen Verfügung die zur Zeit der Errichtung geltenden Auslegungsvorschriften maßgebend sein müssen. Diese Bemerkung kann aber, wie auch die in der Literatur herrschende Meinung annimmt (vgl. Habicht, Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 2c. (3) 741 ff.; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch II Bem. 3 d zu Art. 214 EG.; Niedner (2) 470 unter 3 b), jedenfalls, soweit es sich um die Findung des wirklich vorhanden gewesenen Willens handelt, nur mit der Einschränkung als richtig anerkannt werden, daß die früheren Auslegungsregeln ihre Natur als objektiv bindende Rechtsnormen für den Bereich des Erbrechts, außer in den Ausnahmefällen der Artt. 214—217 EG., verloren haben, wenn der Erblasser erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist. Sie haben aber dadurch keineswegs ihre Bedeutung für die Auslegung der unter ihrer Herrschaft abgegebenen Willenserklärungen gänzlich eingebüßt. Denn da der oberste Auslegungsgrundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 113) dahin geht, daß der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen ist, so ist festzustellen, ob der Wille der Erblasser durch die ihnen etwa bekannten Auslegungsregeln des früheren Rechtes derart beeinflußt gewesen ist, daß ihr Inhalt zu einem Bestandteile ihres Willens selbst geworden, und deshalb anzunehmen ist, daß sie ihre Erklärungen diesen Auslegungsregeln und der durch ihre ständige Anwendung etwa erwachsenen allgemeinen Rechtsanschauung über die Wirkung gemeinschaftlicher Testamente haben anpassen wollen. Das alte Recht kommt in diesem Falle nicht als Recht, sondern, entsprechend den Auslegungsregeln des neuen Rechtes, als Wille des Erblassers zur Geltung.

2. *P. Meyer, § 32 bei Anm. 26 und 27: Ist bei einer letztwilligen Zuwendung eine andere Quantität (Quote, Summe) gewollt als erklärt, so kommt es darauf an, ob die gewollte Quantität größer oder geringer ist als die erklärte: im ersten Falle gilt die erklärte, im zweiten die gewollte Quantität. Die benigna interpretatio des römischen Rechtes, wonach auch im ersten Falle die gewollte Quantität galt, ist dem BGB. fremd. A. M. Borcherdt, Erbrecht II 339.

§ 2069. 1. BayObLG. **5** 173, R. **04** 283: Außer dem Falle des § 2069 BGB. treten die Abkömmlinge des eingesetzten Erben nur dann an dessen Stelle, wenn sich die Ersatzberufung als Inhalt des Testaments feststellen läßt.

Hat der Erblasser infolge eines Rechtsirrtums die Bestimmung der Erbfolge für den eingetretenen Fall nicht selbst getroffen, sondern sie der Anwendung des Gesetzes überlassen wollen, so darf in seine letztwillige Verfügung nicht das hineingelegt werden, was er vermutlich bestimmt haben würde, wenn ihm der Inhalt des Gesetzes bekannt gewesen wäre.

2. BayObLG., ZBlFrG. **4** 551: Die Ersatzberufung gilt auch für die Abkömmlinge des nach der Errichtung eines Erbvertrags weggefallenen Kindes, selbst wenn dieses nur von dem einen Ehegatten abstammt, der andere aber

der Überlebende ist. Die Zuwendungen an die Personen, die der zuerst verstorbene Ehegatte bedenken wollte, gehen von ihm aus; der andere Ehegatte wirkt zu ihnen mit, weil er insoweit eine gemeinschaftliche Verfügung über seinen dereinstigen Nachlaß gestatten will; eine Verfügung zugunsten der gesetzlichen Erben oder der Abkömmlinge des zuerst verstorbenen Ehegatten ist deshalb im Sinne der §§ 2066—2069 zu verstehen, wie wenn es sich um eine Zuwendung aus seinem Nachlasse handelte.

3. *Danz, DJZ. **04** 665: § 2069 gilt auch, wenn Geschwister ihre Geschwister, welche Kinder haben, eingesetzt haben.

§§ 2074 ff. 1. *P. Meyer, § 35 Anm. 36: Erst mit dem Zeitpunkte des Erbfalls beginnt das Schweben der einer letztwilligen Verfügung hinzugefügten Bedingung. Der Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung ist nur für die Frage maßgebend, ob überhaupt eine Bedingung oder eine condicio in praesens vel in praeteritum collata vorliegt.

2. *P. Meyer, § 35 bei Anm. 24 und 25: Sind einer letztwilligen Verfügung mehrere Bedingungen copulativ hinzugefügt, so müssen sie sämtlich, wenn alternativ, so muß die eine oder die andere erfüllt werden.

3. *P. Meyer, § 35 Anm. 28: Besteht die einer letztwilligen Zuwendung hinzugefügte Bedingung in einer beliebig wiederholbaren Handlung des Bedachten, so muß die Handlung in der Regel — ohne Rücksicht auf eine bereits gebotene Vornahme — nach dem Tode des Erblassers, oder doch, nachdem der Bedachte von der Verfügung des Erblassers Kenntnis erlangt hat, vorgenommen werden.

4. *P. Meyer, § 35 hinter Anm. 46: Die cautio Muciana war ein Überweg, auf den die Römer gedrängt wurden, weil ihnen der von § 2075 eingeschlagene Weg — die Umwandlung der aufschiebenden Bedingung in eine auflösende mit entgegengesetztem Inhalte — wegen der dem römischem Rechte eigentümlichen Unzulässigkeit von auflösenden Bedingungen bei letztwilligen Zuwendungen verschlossen war.

5. Über unmögliche und unsittliche, unverständliche und widersinnige (perplexe) Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen vgl. P. Meyer, § 35 unter 2 f. Ebenda näheres über die sog. kaptatorischen Verfügungen und die kassatorische (privatorische) Klausel.

§ 2078. 1. **RG. 59** 33 ff., JW. **04** 573: Der § 2078 BGB. gestattet die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen Irrtums und umfaßt in seinem ersten Absatz wie § 119 den Fall des Irrtums über den Inhalt der Erklärung und den Fall des Irrtums in der Erklärungshandlung. In Übereinstimmung mit § 119 bestimmt er ferner, daß ein solcher Irrtum als erheblich zu gelten habe, wenn anzunehmen sei, daß der Erblasser die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde; dabei soll es jedoch, abweichend vom § 119, nicht darauf ankommen, ob der Erblasser bei verständiger Würdigung des Falles anders verfügt hätte. Die Vorschrift des § 2078 Abs. 2 erklärt sodann, in weiterer Abweichung vom § 119, Irrtum in den Beweggründen, also selbst den nicht durch eine arglistige Täuschung hervorgerufenen, ebenfalls für erheblich, wenn er in der irrigen Vorstellung von Tatumständen besteht, und zwar auch solcher, die in der Zukunft liegen. Auch im Falle des Abs. 2 kann indes die Anfechtung nur stattfinden, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde; denn nur dann ist der Irrtum erheblich, weil nur dann ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Irrtum und der abgegebenen Erklärung vorhanden ist. Dies ist durch das in Abs. 2 gebrauchte Wort „bestimmt" zum Ausdruck gelangt. Einer anderen

Vorschrift in dieser Hinsicht bedurfte es nicht, da eine solche in Abs. 1 nur deshalb notwendig war, um das im § 119 erwähnte Erfordernis, daß der Erklärung bei verständiger Würdigung anders verfügt hätte, auszuschließen, während sich die Ausschließung dieses Erfordernisses für den Fall des Abs. 2 aus dem Worte „bestimmt" von selbst ergab.

Das BGB. hat eine Anfechtung wegen Irrtums auf Grund des § 2078 nur dann für statthaft erachtet, wenn der Irrtum allein es war, der den Erblasser zu seiner Verfügung veranlaßte. Dies steht allerdings mit einer Bemerkung der Motive zu § 1781 des ersten Entwurfs (V 48) im Einklange, ist jedoch nicht zutreffend. Angefochten werden kann zwar eine letztwillige Verfügung wegen Irrtums nur dann, wenn ihre Erklärung hierauf beruht; allein der ursächliche Zusammenhang zwischen einem tatsächlichen Irrtum des Erblassers und seiner Erklärung ist bereits vorhanden, wenn seine irrige Vorstellung in einem solchen Grade mitbestimmend für seine Erklärung war, daß er diese ohne jede Vorstellung nicht abgegeben haben würde, mögen auch andere, zutreffende Vorstellungen ebenfalls mitgewirkt haben (vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch V § 2078 Anm. 2 a β). Nur der Nachweis eines solchen Irrtums muß daher erbracht werden, mehr jedoch nicht. Und es ist auch nicht dem Anfechtungsgegner der Beweis freizulassen, daß der Erblasser bei Kenntnis der wahren Sachlage ebenso verfügt hätte. Denn in Ansehung von letztwilligen Verfügungen, bei denen, im Gegensatze zu Rechtsgeschäften unter Lebenden, die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs nicht in Betracht kommt, soll zwar die wirkliche Absicht des Erblassers, soweit sie nicht mit zwingenden Rechtsvorschriften in Widerspruch steht, zur Geltung gebracht werden (vgl. Strohal, Erbrecht (3) § 41 Note 8); aber nur die wirklich und in seiner Betätigung des Willens erklärte Absicht. Und deshalb muß, sobald der Nachweis gelingt, daß die Erklärung auf einem vom Gesetz als erheblich bezeichneten Willensmangel beruht, die Anfechtung zugelassen werden, ohne daß der Frage nachgegangen werden kann, was der Erblasser, wenn er nicht im Irrtum befangen gewesen wäre, getan hätte. Nicht anders aber verhält es sich mit der Anfechtung eines Vermächtnisses auf Grund der §§ 2339 Ziff. 3 und 2345 BGB. wegen einer dem Bedachten zur Last fallenden arglistigen Täuschung des Erblassers. Für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen Irrtums auf Grund des § 2078 ist es ohne Bedeutung, ob die irrige Vorstellung des Erblassers durch arglistige Täuschung hervorgerufen wurde oder nicht; denn es ist der Irrtum, der die Anfechtung begründet und seine Ursache kommt nicht in Betracht. Im Hinblicke hierauf wurde die Hervorhebung des Betrugs als eines besonderen Anfechtungsgrundes, die sich im ersten Entwurf des BGB. als § 1780 neben dem im § 1781 geregelten des tatsächlichen Irrtums befand, von der zweiten Kommission, weil entbehrlich, beseitigt (vgl. Protokolle V 52). Für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen Unwürdigkeit des Bedachten ist dagegen der Fall der arglistigen Täuschung des Erblassers von besonderer Bedeutung, und deshalb ist dieser Fall der Anfechtung im § 2339 Ziff. 3 BGB. neben der Anfechtung wegen Irrtums auf Grund des § 2078 trotz einiger dagegen geäußerter Bedenken beibehalten (vgl. Protokolle der zweiten Kommission V 639, 641), weil beide Rechtsbehelfe sich in manchen Beziehungen unterscheiden.

Insbesondere ist letzteres der Fall, was die Person des Anfechtungsberechtigten anlangt (vgl. §§ 2080 und 2341), und nicht minder kommt hierbei die Wirkung der Anfechtung in Betracht. Die Anfechtung auf Grund des § 2078 reicht nicht weiter, als der Anfechtungsgrund dies verlangt, d. h. es wird nur die von dem Irrtume getroffene einzelne Verfügung hinfällig; die Anfechtung auf Grund des § 2339 Ziff. 3 dagegen entkräftet, um ihrem Zwecke zu entsprechen, jede zugunsten des Täuschenden getroffene Verfügung; also auch eine solche, die

von seiner Täuschung, weil diese eine ganz andere Verfügung zum Gegenstande hatte, gar nicht berührt wurde. (Vgl. Prot. a. a. O. 641.)

2. Abs. 1. *P. Meyer, § 34 Anm. 16: Diese Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn der irrige Bestimmungsgrund in der letztwilligen Verfügung nicht angegeben ist.

Abs. 2. *P. Meyer, § 34 Anm. 10: Zum Begriffe der „widerrechtlichen Drohung" ist nicht erforderlich, daß die Widerrechtlichkeit an dem angedrohten Übel selbst hafte, es genügt, wenn sie in dessen Verwendung als Drohmittel liegt.

3. Strohal § 41 unten III D, *P. Meyer, § 34 unter 3c: Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung einer letztwilligen Verfügung (Nichtigkeit der Verfügung gemäß § 142 Abs. 1) trifft nur die Verfügung selbst und die unmittelbar auf ihr ruhenden Rechtsakte (Anfall der Erbschaft des Vermächtnisses, d. h. der Vermächtnisforderung usw.). Hat also der mit einem anfechtbaren Vermächtnis Beschwerte dem Bedachten den Vermächtnisgegenstand bereits übereignet, so wird diese Übereignung durch die erfolgreiche Anfechtung des Vermächtnisses nicht annulliert: der Beschwerte hat keine Eigentumsklage auf den Vermächtnisgegenstand nach §§ 975 ff., sondern nur einen persönlichen (obligatorischen) Bereicherungsanspruch nach §§ 712 ff.

§§ 2078—2082. *Gräsel, ThürBl. **51** 128: Kostenpflichtig wird, wer eine Erklärung, er fechte eine letztwillige Verfügung an, zwecks Herbeiführung der rechtlichen Wirksamkeit dieser Erklärung dem Nachlaßgerichte gegenüber abgibt, auch dann, wenn letztere nicht auf einen der gesetzlichen Anfechtungsgründe gestützt, ein solcher vielmehr gar nicht behauptet ist, für das angerufene Nachlaßgericht also keine Veranlassung vorliegt, nach Maßgabe des § 2081 Abs. 2 BGB. tätig zu werden. Nicht zwar wird diese Kostenpflicht normiert werden können nach den für die Mitwirkung des Gerichts bei der Testamentsanfechtung im Kostengesetze normierten Gebührensätzen, wohl aber unter Zugrundelegung der Bestimmung, daß für alle Entscheidungen des Nachlaßgerichts die den Gegenstand eines besonderen Verfahrens bilden, $^4/_{10}$ der Gebühr, mindestens aber 2 M. erhoben werden sollen. Denn eine derartige Entscheidung ist mit der fraglichen Erklärung provoziert worden. ⟶ A. M. die zweite Instanz. ⟵

§ 2079. 1. **RG. 59** 60 ff.: Das Anfechtungsrecht ist für den Fall der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten gegeben. Eine Übergehung liegt vor, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten in der letztwilligen Verfügung nicht bedacht hat, aber auch nicht von der Erbschaft ausschließen wollte. Geht die erkennbare Willensmeinung des Erblassers auf Ausschließung, so greift, sofern die sonstigen Voraussetzungen zutreffen, ein Pflichtteilsanspruch, nicht das Anfechtungsrecht Platz. Als Grund der Anfechtung im Falle der Übergehung ergibt sich aus dem Wortinhalte der Bestimmung, auch abgesehen von ihrer Stellung im System und ihrer Anlehnung an § 2078, die Auffassung des Gesetzgebers, daß das Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten bei Vorliegen des im Satz 1 des § 2079 vorausgesetzten Tatbestandes regelmäßig auf einem in der Person des Erblassers gegebenen Willensmangel beruht. Ist der Pflichtteilsberechtigte erst nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden, so besteht der mutmaßliche Willensmangel darin, daß der Erblasser diesen später eingetretenen, für seine Entschließung wesentlich in Betracht kommenden Tatbestand bei seiner letztwilligen Verfügung außer acht gelassen hat. Entkräftet wird in diesem Falle die gesetzliche Vermutung durch den Nachweis, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage, das heißt auch wenn er die künftige Gestaltung bei Errichtung der letztwilligen Verfügung gekannt hätte, doch

ebendieselbe Verfügung getroffen haben würde. In der Beurteilung dieses subjektiven Moments geht das Berufungsgericht fehl, indem es von den Klägern den Beweis verlangt, daß der Erblasser bei der Errichtung des Testaments die konkreten Umstände des demnächst eingetretenen Ereignisses, die Person des künftigen Ehegatten, seine Eigenschaften, seine persönlichen Verhältnisse, tatsächlich gekannt und trotzdem wie geschehen testiert habe. Damit würde über den Inhalt des § 2079 hinaus in Wahrheit ein Gegenbeweis in dem Sinne verlangt, daß der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten von der Erbschaft positiv hat ausschließen wollen. Die Beweispflicht geht jedoch nur dahin, daß der Erblasser, auch wenn er bei Errichtung der letztwilligen Verfügung gewußt hätte, es werde später noch eine Person pflichtteilsberechtigt werden, dennoch, wie geschehen, den Pflichtteilsberechtigten nicht hätte bedenken wollen. Für die Feststellung dieser allein maßgebenden persönlichen Willensmeinung des Erblassers kommen alle erheblichen Umstände, seien es begleitende oder nachfolgende, in Betracht. Im übrigen lassen der Natur der Sache nach sich unbedingt geltende Regeln nicht aufstellen. Auf dieser Grundlage bleibt daher unter Heranziehung aller beigebrachten Tatumstände zu untersuchen, inwieweit der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage seine Verfügungen getroffen hätte. Ist die Annahme begründet, daß der Erblasser nicht dem Erbrecht eines späteren Pflichtteilsberechtigten vorzugreifen beabsichtigte, und wäre somit der Anfechtungsfall gegeben, so wird dann die Prüfung der Frage erforderlich werden, ob die Anfechtung aus § 2079 notwendig die völlige Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung nach sich zieht, oder ob von dieser Wirkung der Anfechtung nicht die übrigen Anordnungen unberührt bleiben, soweit in Ansehung ihrer dargetan wird, daß der Erblasser sie bei Kenntnis der Sachlage gleichwohl getroffen haben würde.

2. *Mangler, SächsA. **14** 684 ff., **RG.** Gruchots Beitr. **48** 620: a) Übergangsrecht: α. Ist der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben, so entscheidet sich die Frage, wer gegenüber seinem Nachlasse pflichtteilsberechtigt ist, nach neuem Rechte; dieses ist deshalb auch für die Beurteilung darüber maßgebend, ob und inwieweit ein Pflichtteilsberechtigter wegen Übergehung das vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtete Testament anfechten kann. β. Der zweite Ehegatte des nach dem 1. 1. 00 verstorbenen Erblassers kann das von diesem mit seiner vor 1900 verstorbenen ersten Ehefrau errichtete gemeinschaftliche Testament anfechten, und zwar bestimmt sich die Anfechtung der nach sächsischem Rechte errichteten Testamente nach §§ 2079 ff., nicht nach den für den Erbvertrag geltenden §§ 2285, 2283.

b) *Mangler a. a. O. 684 ff.: Statt der Anfechtung kann auch bloß der Pflichtteilsanspruch geltend gemacht werden und wird häufig vorzuziehen sein, weil durch die Anfechtung bei korrespektivem Testamente die Verfügungen beider Ehegatten hinfällig werden, deshalb der überlebende Teil so angesehen wird, als wäre er nicht Testamentserbe, sondern gesetzlicher Erbe seines verstorbenen ersten Gatten, und folglich aus seinem Nachlasse von dem in seiner Hand vereinigt gewesenen Gesamtvermögen das ausscheidet, was ihm der zuerst verstorbene Gatte über den gesetzlichen Erbteil hinaus hinterlassen hat.

3. **RG.** Gruchots Beitr. **48** 619: Eine Gefahr für wechselseitige Testamente bildet § 2079, nach welchem eine letztwillige Verfügung angefochten werden kann, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, der erst nach Errichtung der Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden ist. Dieser Fall liegt vor, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten der andere eine neue Ehe eingeht. Denn dann ist in dem neuen Ehegatten ein neuer Pflichtteilsberechtigter entstanden, der das Testament an-

fechten und nicht bloß seinen Pflichtteil, sondern seinen vollen Erbteil fordern kann. Ein Mittel dagegen bietet indes Satz 2 des § 2079:

> Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde.

Das OLG. Breslau hatte nun einen solchen Ausschließungsgrund angenommen in einem Falle, wo die Ehegatten sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten mit der Bestimmung, daß nach dem Tode des Letztlebenden die gemeinschaftlichen Kinder den Nachlaß erhalten sollten. Es erwog, daß diese Ausschließung der Kinder vom Nachlasse des einen Ehegatten nur dann erklärlich sei, wenn sie dafür alleinige Erben des andern sein und bleiben sollten, daß daher die fragliche Verfügung auch dann getroffen worden wäre, wenn der Verfügende gewußt hätte, daß er später einen anderen Ehegatten hinterlassen werde. Das Reichsgericht hat in dieser tatsächlichen Feststellung keinen Rechtsirrtum finden können und das Urteil bestätigt. Hierzu bemerkt DNotVZ. **04** 492: Man wird, da hier ein typischer Fall vorlag, die Entscheidung verallgemeinern und die derartigen Verfügungen aus § 2079 Satz 1 drohende Gefahr durch Satz 2 für abgewendet halten dürfen.

4. *Boschan, Nachlaßsachen II 219: Der § 2079 betrifft nicht den Fall, daß der Erblasser ein Kind von der Erbfolge ausgeschlossen und seine übrigen namentlich benannten Kinder zu Erben eingesetzt, dabei aber übersehen hat, die bei Errichtung des Testaments bereits vorhandenen Kinder des von der Erbfolge Ausgeschlossenen mit zu Erben einzusetzen. In solchen Fällen wird aber häufig ein Irrtum des Erblassers im Sinne des § 2078 BGB. (Unkenntnis der Sachlage) anzunehmen sein und daher den Kindern des Enterbten das Anfechtungsrecht zustehen, es müßte denn ersichtlich sein, daß der Erblasser auch sie (also den ganzen Stamm) von der Erbfolge ausschließen wollte.

§ 2081. OLG. Colmar, R. **04** 285: Durch die gemäß § 207 ZPO. bewirkte Erhebung der Anfechtungsklage wird die versäumte Abgabe der Testaments-Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht nicht ersetzt.

§ 2084. 1. KGJ. **28** A 193 (KG.): Eine Verfügung von Todeswegen, die für eine Ehe mit dem Güterstande des gesetzlichen Güterrechts fortgesetzte Gütergemeinschaft anordnet, enthält keine gültige Erbeinsetzung. Auch § 2084 kann hier nicht helfen.

2. KG., R. **04** 450: Diese Bestimmung bezieht sich auf die Auslegung des Inhalts der letztwilligen Verfügung, der in ihr enthaltenen Willenserklärung, aber nicht auf Formerfordernisse, zum Beispiel die Datierung.

3. Dernburg, DJZ. **05** 3: Falls der Wortsinn des Testaments den Eventualitäten der Zukunft nicht genügend gerecht wird, ist es Aufgabe der Auslegung, den Gedanken des Erblassers zu entwickeln, auch über dessen wörtliche Erklärung hinaus.

4. *Du Chesne, R. **04** 469, bespricht erbrechtliche Auslegungsregeln in der Übergangszeit: Soweit der letzte Wille erkennbar Bestandteile des alten Rechtes in sich aufgenommen hat, z. B. den Vorstellungsinhalt einer altrechtlichen Auslegungsregel zugrunde gelegt hat, soweit ist das alte Recht zweifellos deshalb beachtlich, weil es den Willen des Erblassers wiederspiegelt, nicht aber, weil es insoweit noch gelte. Sollte auch jetzt noch der Wille des Erblassers einer Ergänzung oder Ersetzung bedürfen, so müßte diese nach neuem Rechte vorgenommen werden. Dies bedeutet keine Kollision zwischen altem und neuem Rechte; denn das alte Recht kommt, wie gezeigt, garnicht als Recht, sondern nur als Wille des Erblassers unter die Herrschaft des neuen Rechtes. Würde dem-

nach unter altem Rechte eine dem § 2087 BGB. zuwiderlaufende Auslegungsregel bestanden haben, so würde — falls nicht etwa ein gegenteiliger Wille des Erblassers nachweisbar wäre — nach dem unter neuem Rechte erfolgten Tode des Erblassers dennoch der § 2087 BGB. anzuwenden sein. Auslegungsvorschriften und Regeln dienen als Mittel, um den wirklichen oder den ihm vom Gesetzgeber gleichgesetzten Willen festzustellen; wer sich hierzu altrechtlicher Auslegungsvorschriften bedienen wollte, würde einem Arzte gleichen, der ein Leiden, weil es vor Erfindung eines neuen Arzneimittels oder Operationswerkzeugs entstanden wäre, noch mit dem früheren Mittel oder Werkzeug heilen wollte.

5. *Haberstumpf, R. **04** 188: GBO. § 36 gestattet dem Grundbuchrichter, wenn er die Erbfolge durch ein öffentliches Testament nebst Eröffnungsprotokoll nicht für nachgewiesen erachtet, die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen (Haberstumpf, Nachlaßgesetz 134). Die bayrische Hinterlegungsordnung v. 18. 12. 99 (§ 25) schreibt für den Regelfall die Vorlage eines Erbscheins zur Erbenlegitimation vor. Es ist deshalb für den Regelfall, wenn der Nachlaßschuldner nicht durch besondere Umstände von einem begründeten Zweifel über die Erbenlegitimation seines Gegners befreit ist, den Kommentatoren der ZPO. beizupflichten, welche zu § 94 ZPO. bemerken: Gaupp (5) I 264: Vorlage eines Erbscheins wird in allen Fällen genügen; L. Seuffert (8) I 161: Vorlegen des Erbscheins ist erforderlich und genügend. Haberstumpf gelangt danach zu dem Ergebnisse: Der Nachlaßschuldner muß, die Liquidität der Schuld vorausgesetzt, zur Zahlung verurteilt werden, auch wenn ihm trotz seines Verlangens kein Erbschein vorgelegt ist, aber es dürfen ihm die Kosten des Prozesses nur dann auferlegt werden, wenn ihm auf Verlangen vor der Klagerhebung entweder ein Erbschein vorgelegt oder sonst in überzeugender Weise das Erbrecht des Klägers nachgewiesen ist und er trotzdem die Zahlung verweigert.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. 1. OLG. **8** 290 (KG.): Nach § 2087² ist eine Erbeinsetzung im Zweifel nicht anzunehmen, wenn dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet sind. Die Auslegungsregel greift jedoch dann nicht Platz, wenn trotz der dem äußeren Anscheine nach vorliegenden Zuwendung von einzelnen Vermögensstücken aus dem ganzen Inhalte des Testaments der auf eine wirkliche Erbeinsetzung gerichtete Wille des Erblassers zu entnehmen ist.

2. Abs. 2. KGJ. **28** A 196 (KG.): Ob die Zuweisung eines einzelnen Nachlaßgegenstandes an einen Miterben Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung ist, ist Tatfrage.

3. OLG. **9** 396 (KG.): Der Unterschied zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung besteht darin, daß in ersterem Falle der Bedachte das Zugewendete außer seinem Erbteil erhält, während er es im letzteren Falle sich auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß, dergestalt, daß es einen Teil seines Erbteils bildet oder seine ganze Erbquote darstellt. Was der Erblasser gewollt hat, ist Auslegungsfrage (vgl. Dernberg, Preuß. PrR. III § 131 bei Note 7 und § 137 bei Note 1, 2, Planck, BGB. § 2150 Note 3). Ebenso OLG. **9** 399 (Colmar), vgl. auch OLG. **9** 342 (KG.).

4. BayObLG., R. **04** 194: Die Bestimmung in einem Ehe- und Erbvertrage, daß der überlebende Ehegatte das Gesamtvermögen zu erhalten und den Kindern aus dem Gesamtgut einen bestimmten Teil zu gewähren hat, gilt zugunsten des Ehegatten als Erbeinsetzung und für die Kinder als Vermächtnis. Dem Ehegatten ist in diesem Falle der Erbschein zu erteilen, es kann die Erteilung nicht von der vorherigen Auseinandersetzung mit den Kindern abhängig gemacht werden.

5. *P. Meyer, § 39 unter 1: Nicht Erbeinsetzung, sondern nur Vermächtnis ist die letztwillige Zuwendung einer dem Erblasser angefallenen, also in seiner Erbschaft enthaltenen Erbschaft eines Dritten; desgleichen die letztwillige Zuwendung einer Quote des Reinbestandes der Erbschaft (legatum partitionis) und — im Zweifel — auch die letztwillige Zuwendung des Pflichtteils an den Pflichtteilsberechtigten (vgl. § 2304).

*P. Meyer ebenda: Andererseits ist die letztwillige Zuwendung einzelner Nachlaßgegenstände nicht als Vermächtnis, sondern als Erbeinsetzung anzusehen, wenn der Erblasser die zugewendeten Gegenstände praktisch als ganzen Nachlaß ansah, wie z. B. wenn ein Bauer, dessen Nachlaß im wesentlichen nur aus dem Bauerhofe besteht, verfügt hätte: „Ich vermache meinen Hof dem X."

§ 2088. Hörle, R. **04** 370: Das ihm zustehende testamentarische oder vertragsmäßige Erbrecht kann aber der Erbe nicht neben dem gesetzlichen Erbrechte geltend machen. Er hat nur die Befugnisse aus § 1951. Wenn sonach der Erblasser für einen Teil seines Nachlasses durch Erbvertrag oder Testament Erben einsetzt und der andere Teil den gesetzlichen Erben offen bleibt, so tritt nur innerhalb des Kreises der eingesetzten Erben Anwachsung ein, wenn ein eingesetzter Erbe wegfällt und dieser mit einem anderen eingesetzten Erben auf einen gemeinschaftlichen Bruchteil eingesetzt ist. Fällt dagegen ein gesetzlicher Erbe weg, so wächst dessen Erbteil nicht dem eingesetzten Miterben, sondern denen, die gesetzliche Erben geworden wären, wenn der Weggefallene überhaupt nicht vorhanden gewesen wäre, und, wenn gesetzliche Erben im Sinne der §§ 1924 bis 1935 nicht vorhanden sind, dem Fiskus zu (§§ 1936, 2088, 2094).

*P. Meyer, § 38 unter 1: Ist im Falle des Abs. 1 der Eingesetzte zugleich gesetzlicher Erbe, so erbt er auch als solcher, sofern nicht der entgegengesetzte Wille des Erblassers erhellt.

§ 2089. *P. Meyer, § 38 bei Anm. 17: Die Erhöhung des Erbteils gemäß § 2089 ist keine Anwachsung im Rechtssinne.

§ 2091. *P. Meyer, § 38 bei Anm. 8 u. 9: Die Regel der gleichen Teile wird auch dann anwendbar sein, wenn der Erblasser sich die Bestimmung der Erbteile vorbehalten, die Bestimmung aber nicht getroffen hat.

§§ 2096 ff. 1. *P. Meyer, § 40 Anm. 5: Die Ersatzerbeinsetzung ist, wie die Nacherbeinsetzung (§§ 2100 ff.) eine heredis substitutio im römischen Sinne, d. h. die Einsetzung eines Erben an Stelle eines anderen zunächst berufenen Erben: allein die Ersatzerbeinsetzung ist die Einsetzung eines zeitlich unmittelbaren Erben — denn der Ersatzerbe soll Erbe werden, wenn der zunächst berufene Erbe nicht Erbe wird; die Nacherbeinsetzung dagegen ist die Einsetzung eines zeitlich mittelbaren Erben — denn der Nacherbe soll Erbe werden, nachdem der zunächst berufene Erbe Erbe geworden ist.

*P. Meyer ebenda: Nach römischem und gemeinem Rechte ging der Unterschied der beiden Substitutionen — der gemeinen und der fideikommissarischen (nach der Terminologie der gemeinrechtlichen Jurisprudenz) — noch viel weiter, indem die fideikommissarische Substitution (also die heutige Nacherbeinsetzung) wegen des (bei uns nicht geltenden) Grundsatzes semel heres semper heres nur als ein Erbschaftsvermächtnis angesehen wurde und der fideikommissarische Substitut nicht als wahrer Erbe galt, sondern nur heredis loco war, während der zunächst Berufene dem Namen nach immer Erbe blieb.

2. *P. Meyer a. a. O.: Die Ersatzerbeinsetzung ist nicht, wie nach römischem und gemeinem Rechte, eine Erbeinsetzung unter einer gewillkürten Bedingung (abhängig davon, daß der Vorberufene wegfällt), sondern eine sog. Eventualberufung, d. i. eine Berufung, die sofort mit dem Erbfall eintritt, wenn auch zunächst nur eventuell, d. h. unter der Rechtsbedingung des Wegfalls des Vorberufenen. Der

Ersatzerbe braucht daher nicht, wie nach römischem und gemeinem Rechte, den Wegfall des Vorberufenen, sondern nur den Erbfall zu überleben, um sein Recht auf seinen Erben zu übertragen.

3. *P. Meyer, § 40 unter 2b: Die verbreitete Meinung, daß der Ersatzerbe nur für einen gewillkürten Erben eingesetzt werden könne, ist nicht haltbar: arg. §§ 2096, 2051 Abs. 2.

4. *P. Meyer, § 40 unter 2e: Die römische Regel substitutus substituto est substitutus instituto gilt nach dem BGB. nur in dem selbstverständlichen Sinne, daß jede weitere Ersatzerbeinsetzung nur gilt für den Fall, daß sämtliche Vormänner wegfallen, aber ohne Rücksicht darauf, in welcher Reihenfolge dies geschieht, dagegen in Ermangelung einer besonderen Bestimmung nicht auch in dem privatrechtlichen Sinne, daß, wenn der frühere Ersatzerbe zugleich als Erbe (an erster Stelle) eingesetzt sei, die weitere Ersatzerbeinsetzung sich auch auf dessen Erbeinsetzung beziehe (substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto).

5. *P. Meyer, § 40 unter 2g: Der Ersatzerbe erwirbt die Erbschaft in demselben aber auch nur in demselben Umfange, in welchem sie der zunächst berufene Erbe erworben haben würde. Auch hat er im Zweifel die auf dem Erbteile des zunächst berufenen Erben liegenden Lasten (Vermächtnisse, Auflagen) zu tragen. Dagegen ist eine der Einsetzung des zunächst berufenen Erben hinzugefügte Bedingung im Zweifel nicht auf die Ersatzerbeinsetzung auszudehnen.

§ 2098. *P. Meyer, § 40 unter 2f über die Frage, wie zu teilen sei, wenn neben den Erben noch Fremde (Nichterben) als Ersatzerben eingesetzt sind.

§ 2099. *P. Meyer, § 40 unter 2d: Ist für mehrere anwartschaftsberechtigte Erben zusammen ein und derselbe Ersatzerbe eingesetzt, so ist im Zweifel als Wille des Erblassers anzunehmen, daß entgegen der Regel des § 2099 das Anwachsungsrecht dem Rechte des Ersatzerben vorgehen solle.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Literatur: Grosse, Die Stellung des Universalfideikommisses (Leipzig 1904). — Romeick, Rechtsnachfolge (Zur Technik des BGB., 3. Heft) (Stuttgart 1904). — Waller, Surrogation (Bonn 1904).

§§ 2100 ff. 1. *P. Meyer, § 41 unter 1 u. 2: Dem römischen und gemeinen Rechte war die Nacherbeinsetzung infolge des Grundsatzes semel heres semper heres unbekannt: die fideikommissarische Substitution des römischen und gemeinen Rechtes war nicht eine heredis substitutio, sondern ein fideicommissum hereditatis, d. i. ein Erbschaftsvermächtnis (Universalfideikommiß). Dagegen die Nacherbeinsetzung des BGB. ist eine wahre — der Ersatzerbeinsetzung koordinierte und diese im Zweifel in sich begreifende — heredis substitutio. Der Nacherbe erwirbt die Erbschaft zwar erst nach dem Vorerben, aber zeitlich mittelbar, nicht, wie der römische Universalfideikommissar, als dessen Rechtsnachfolger, sondern kraft eines selbständigen und von selbst sich verwirklichenden Rechtes, kurz: sowohl proprio iure als ipso iure. Sein Erwerb ist nur dem Erblasser gegenüber eine Sukzession im technischen Sinne, d. h. eine Rechtsnachfolge, dagegen dem Vorerben gegenüber nur eine Sukzession im Sinne des Nachrückens, d. h. in demselben Sinne, in welchem man bei der gesetzlichen Erbfolge von einer successio ordinum et graduum spricht oder die Nachfolge in ein Familienfideikommiß oder Lehen als Sukzession bezeichnet; er tritt nur an die Stelle, nicht in die Stelle (das Recht) des Vorerben.

Die Meinung von Hellwig, Rechtskraft § 32 und Zivilprozeß § 39 unter III 4, daß der Nacherbe der Rechtsnachfolger des Vorerben sei, ist nicht haltbar. Vgl. P. Meyer, § 41 Anm. 23.

2. *P. Meyer, § 42 unter 1, 2: Das BGB. kennt drei Fälle sog. konstruktiver Nacherbfolge, d. h. Fälle, wo die Anordnung einer Nacherbfolge nicht, wie bei der stillschweigenden Nacherbeinsetzung, aus einer anderen Anordnung zu entnehmen, also wirklich vom Erblasser getroffen ist, sondern vom Gesetze durch Andeutung oder Ergänzung der vom Erblasser getroffenen — an sich unwirksamen oder unvollständigen — Anordnung hergestellt wird. Diese Fälle sind: a) die aufschiebend oder auflösend bedingte oder befristete Erbeinsetzung (§§ 2104, 2105 Abs. 1), b) die (unmittelbare) Erbeinsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht existierenden — noch nicht erzeugten physischen oder noch nicht entstandenen juristischen — Person (§§ 2101, 2105 Abs. 2) und c) der Fall, wo die Persönlichkeit des eingesetzten Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll (§ 2105 Abs. 2).

§ 2102. Abs. 1. *P. Meyer, § 40 Anm. 12 a. E.: Über die Frage, ob eine der Nacherbeinsetzung hinzugefügte Bedingung auch auf die in der Nacherbeinsetzung im Zweifel zugleich enthaltene Ersatzerbeinsetzung zu beziehen sei.

§ 2103. OLG. 8 273 (KG.): Der § 2103 ist, wie auch in den Motiven V 83 besonders hervorgehoben ist, eine dispositive Auslegungsregel (Planck zu § 2103) und kommt als solche in den Erbfällen, in welchen der Testator nach dem 1. Januar 1900 verstorben ist, gemäß EG. Artt. 213, 214 zur Anwendung, auch wenn die Verfügung vor 1900 errichtet ist. Für die Frage, ob eine letztwillige Anordnung eine Nacherbeinsetzung enthält, ist sowohl nach dem BGB. wie nach dem bisherigen Rechte nicht der Gebrauch von besonderen technischen Ausdrücken, vielmehr grundsätzlich auch hier der aus dem gesamten Inhalte des Testaments erkennbare wahre Wille des Erblassers entscheidend. Das BGB. hat jedoch — wie auch das ALR. ähnliche Vorschriften kannte (§ 53 I. 12) — im § 2103 eine Vorschrift darüber getroffen, in welchen Anordnungen eine Nacherbeinsetzung zu erblicken ist, sofern nicht durch anderweite im Testamente getroffene Bestimmungen die Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen ist.

§§ 2104, 2105. 1. *P. Meyer, § 35 Anm. 45 (dort auch über abweichende Meinungen): Sind von mehreren Erben die einen unter einer aufschiebenden Bedingung, die anderen unbedingt eingesetzt, so erhalten statt der gesetzlichen Erben — kraft stillschweigender Vorerbeinsetzung — die unbedingt Eingesetzten bis zur Erfüllung der Bedingung das Erbteil der bedingt Eingesetzten, sofern sie diesen gegenüber sonst anwachsungsberechtigt sind.

2. *P. Meyer, § 35 Anm. 61 (mit eingehender Würdigung der abweichenden Meinungen): Sind von mehreren Erben die einen unter einer auflösenden Bedingung, die anderen unbedingt eingesetzt, so erhalten statt der gesetzlichen Erben — kraft stillschweigender Nacherbeinsetzung — die unbedingt Eingesetzten mit der Erfüllung der Bedingung die Erbteile der bedingt Eingesetzten, sofern sie diesen gegenüber sonst anwachsungsberechtigt sind.

§ 2106. Abs. 1. 1. *P. Meyer, § 45 bei Anm. 6: Stirbt der Vorerbe nach dem Eintritte des Erbfalls, aber vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (ein Fall, der natürlich nur möglich ist, wenn die Nacherbfolge an einen anderen Zeitpunkt als an den Tod des Vorerben geknüpft ist), so geht sein Recht auf seine (gewillkürten oder gesetzlichen) Erben über, so daß diese — also die Erben des Vorerben — für die Zeit bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge dem Nacherben vorgehen.

2. *P. Meyer, § 45 Anm. 6: Stirbt der Vorerbe schon vor dem Eintritte des Erbfalls oder fällt er aus anderem Grunde (z. B. durch Ausschlagung) weg, so tritt der als Nacherbe Eingesetzte nach § 2102 Abs. 1 im Zweifel sofort als Ersatzerbe ein.

Abs. 2. *P. Meyer, § 45 Anm. 3: Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht existierende Person von vornherein als Nacherbe eingesetzt, so bleibt es — in Ermangelung einer Bestimmung des Erblassers — bei der Regel, daß die Erbschaft dem Nacherben mit dem Tode des Vorerben anfällt (§ 2106 Abs. 1).

§ 2107. 1. *P. Meyer, § 45 Anm. 13: Die Bedingung des nachkommenden Versterbens des Vorerben in dem Falle des § 2107 ist nicht, wie Strohal, § 27 unter IV 2 und zahlreiche andere Schriftsteller annehmen, eine Rechtsbedingung (condicio iuris), sondern eine gewillkürte (eigentliche) Bedingung, nur freilich nicht, wie Enneccerus (2) I § 100 unter II meint, eine stillschweigend (im Gegensatze zu ausdrücklich) erklärte, sondern eine gesetzlich subintelligierte Bedingung, indem hier vom Gesetz in eine an sich unbedingte Anordnung — dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers entsprechend — eine Bedingung hineingedeutet wird.

*P. Meyer, § 45 a. E.: Demgemäß ist auch die Auslegungsregel des § 2014, wonach eine aufschiebend bedingte letztwillige Zuwendung im Zweifel nur gelten soll, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung erlebt, in dem Falle des § 2107 an sich anwendbar. Jedoch wird nicht selten ein ihr entgegengesetzter Wille des Erblassers — also der Wille, daß der als Nacherbe Eingesetzte nur den Erbfall zu erleben brauche, um sein Recht aus der Nacherbeinsetzung auf seine Erben zu übertragen — anzunehmen sein.

2. *P. Meyer, § 45 Anm. 13 unter δ: Ist in dem Falle des § 2107 bei dem Tode des Vorerben ein nur erst erzeugter Abkömmling desselben vorhanden, so erlischt die Nacherbeinsetzung, wenn der Abkömmling lebendig geboren wird. Bis sich entscheidet, ob dies geschieht, bleibt die Nacherbeinsetzung in der Schwebe.

3. *P. Meyer, § 45 Anm. 13 unter ε: An Kindesstatt angenommene Kinder des Vorerben wird man in dem Falle des § 2107 nicht als ihre Nachkommen ansehen dürfen, da der Vorerbe sonst durch einen freien Willensakt (die Annahme an Kindesstatt) die Nacherbeinsetzung vereiteln könnte.

§ 2108. 1. *P. Meyer, § 45 bei Anm. 7—9: Schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge — nämlich, falls der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls (im Sinne des § 1923) bereits existiert, sofort mit dem Erbfalle, anderenfalls mit der Geburt oder, wenn der Nacherbe eine juristische Person ist, mit der Entstehung des Nacherben — erlangt dieser eine Anwartschaft auf den künftigen Anfall der Erbschaft. Diese Anwartschaft ist nicht eine bloße Aussicht (Hoffnung), sondern schon ein wirkliches Recht im subjektiven Sinne — und zwar eine sog. Erwerbsberechtigung, d. i. das absolute Recht, bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge der Erbschaft ipso iure zu erwerben.

*P. Meyer, § 45 a. a. O.: Demgemäß empfiehlt es sich auch, den Zeitpunkt, in welchem die bezeichnete Anwartschaft entsteht, ohne Rücksicht darauf, ob sie im gegebenen Falle vererblich ist oder nicht, durch eine besondere technische Bezeichnung, wie „Zeitpunkt des vorläufigen Anfalls“, von dem Falle der Nacherbfolge zu unterscheiden. (Anders die herrschende Lehre, indem sie den fraglichen Zeitpunkt nur dann, wenn er dem Nacherben eine vererbliche Anwartschaft gewährt, durch eine besondere Bezeichnung — und zwar die Bezeichnung „Zeitpunkt des Voranfalls“ — von dem Falle der Nacherbfolge unterschieden wissen will. Vgl. P. Meyer, § 45 Anm. 8.)

*P. Meyer, § 45 bei Anm. 10 und 11, § 35 unter 1 c und § 36 unter 2 b: Was die Frage angeht, ob die Anwartschaft des Nacherben vererblich sei oder nicht, so ist zu unterscheiden, ob die Nacherbeinsetzung, wie in dem Normalfalle der Einsetzung auf den Fall des Todes des Vorerben (vgl. § 2106 Abs. 1), nur eine aufschiebend befristete oder eine aufschiebend bedingte

ist: im ersten Falle ist die Frage im Zweifel zu bejahen, im zweiten im Zweifel zu verneinen (§ 2108 Abs. 2). Praktisch betrachtet ist also die Anwartschaft des Nacherben in der Regel vererblich.

2. *P. Meyer, § 45 Anm. 9: Da die Anwartschaft des Nacherben nur eine Erwerbsberechtigung, nicht aber ein gegenwärtiges Recht der Erbschaft ist, so ist eine Übertragung oder Pfändung des dem Nacherben künftig anfallenden Erbteils gemäß § 2033 Abs. 1 und ZPO. § 759 Abs. 2 ausgeschlossen. A. M. Planck-Ritgen, Anm. 1 zu § 2033.

*P. Meyer, § 45 Anm. 9: Aus dem gleichen Grunde hat der Nacherbe, wenn der Vorerbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge in Konkurs gerät, hinsichtlich der Erbschaftsgegenstände kein Aussonderungsrecht (KO. § 43). Anders auch hier Planck-Ritgen, Anm. 1 zu § 2115 und Anm. 1 zu § 2137.

*P. Meyer, § 45 Anm. 9: Dagegen steht nichts im Wege, daß der Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft auf den Fall, daß sie ihm künftig anfallen sollte, verkauft. Auch ist ein solcher Vertrag nicht etwa ein bloßer Vorvertrag über einen dereinstigen Erbschaftsverkauf, sondern schon ein wirklicher Erbschaftsverkauf; es findet nicht Klage auf Abschluß eines Erbschaftsverkaufs, sondern bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge auf Erfüllung des bereits geschlossenen Erbschaftsverkaufs statt.

§ 2109. 1. *P. Meyer, § 43 bei Anm. 5: Der Erblasser kann an sich so viele Nacherben nacheinander einsetzen, wie er will; aber die Einsetzung eines — auch des ersten — Nacherben wird unwirksam, wenn dreißig Jahre nach dem Erbfalle verstreichen, ohne daß der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist.

2. *P. Meyer, § 43 Anm. 10a ζ: Die Ausnahme der Nr. 2 gilt nicht bloß für den Fall, wo die Nacherbfolge der nacherzeugten Geschwister des Vor- oder Nacherben schon mit deren Geburt, sondern auch für den Fall, wo sie erst mit einem späteren Zeitpunkt oder Ereignis eintreten soll.

§ 2111. KG., RJA. **4** 69, R. **04** 119: Die Eintragung einer Hypothek, die ein Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, kann erst nach Eintragung des Rechtes des Nacherben erfolgen.

Vgl. über Rechtsgesamtheiten Waller, Surrogation.

§ 2112. RG. **59** 202: Die §§ 2112 ff. BGB. ergeben, daß zwischen Vor- und Nacherben ein dauerndes gegenseitiges, Rechte und Pflichten begründendes Verhältnis besteht, also ein rechtliches Verhältnis im Sinne des § 273 BGB., denn auf das Gebiet des eigentlichen Obligationenrechts sollte dieser Begriff die Bestimmung des § 273 nicht beschränken, sondern auch auf Ansprüche ausdehnen, die aus anderen vom Rechte geordneten Verhältnissen hervorgehen. Deshalb darf sich der Nacherbe gegenüber dem Vorerben z. B. aus § 2128 BGB. auch auf § 273 berufen. Vgl. hierzu oben zu § 2128.

§§ 2112 ff. 1. *P. Meyer, § 46a A und Anm. 5: Die Erbschaft bildet bei dem Vorerben kein besonderes für sich bestehendes Vermögen, sondern vermischt sich mit dessen übrigem Vermögen zu einer ungetrennten Einheit. Die gegenteilige Meinung von Cosack II § 393 unter II scheitert an der Vorschrift des § 2143, der eine Vermischung der beiden Vermögensmassen für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge voraussetzt.

2. *P. Meyer, § 16 Anm. 6—10: Der Vorerbe ist nicht bloßer Nießbraucher der Erbschaft, sondern wirklicher Erbe. Doch ist seine Herrschaft über das Erbvermögen mit Rücksicht auf die wirkliche oder mögliche künftige Herrschaft des Nacherben dergestalt beschränkt, daß er dem praktischen Resultate noch allerdings in vielen Beziehungen eine ähnliche Stellung wie ein Nießbraucher einnimmt.

3. Über Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten der Nacherbeinsetzung und des (landesrechtlichen) Familienfideikommisses vgl. P. Meyer § 46 Anm. 10.

§ 2113. 1. OLG. **9** 403 (KG.): Durch die Vorlegung einer, wenn auch in eine öffentliche Form gekleideten, Urkunde über ein entgeltliches Geschäft wird nicht mehr erwiesen, als daß die Beteiligten die darin enthaltenen Erklärungen vor der Urkundsperson abgegeben haben. Dagegen ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß in Wirklichkeit der Veräußerung eine Freigebigkeit zugrunde liegt. Dem Grundbuchrichter kann deshalb, wenn es sich um das ALR. oder um einen nach BGB. zu beurteilenden Fall handelt, nicht entgegengetreten werden, wenn er im Falle einer befreiten Vorerbschaft selbst bei Vorlegung einer Urkunde über den Abschluß eines entgeltlichen Geschäfts die Zustimmung des Nacherben oder dessen vorgängige Eintragung verlangt.

Nun besteht aber zwischen dem bisherigen und dem neuen Rechte in einem Punkte ein wesentlicher Unterschied. Während nach § 2113 ² mit § 2136 BGB. eine Befreiung von dem Verbote von Schenkungen durch den Erblasser unzulässig ist, dem Grundbuchrichter also stets der Nachweis erbracht werden muß, daß eine Schenkung nicht vorliegt, enthält das preußische Recht ein derartiges Verbot nicht. Hier ist dem Erblasser nicht versagt, dem Fiduziarerben auch Schenkungen zu gestatten. Hat er dies getan, so fällt damit für den Grundbuchrichter die Pflicht fort, sich zu überzeugen, ob dem beurkundeten entgeltlichen Geschäft in Wahrheit eine Schenkung zugrunde liegt, und er kann hieraus kein Bedenken gegen die Eintragung entnehmen.

2. OLG. **9** 401 (KG.): Der Verzicht des Nacherben auf die Eintragung seines Rechtes im Grundbuche hat nicht etwa die Bedeutung, daß er sein Nacherbenrecht verliert, vielmehr beschränkt sich der Verzicht nur auf das Recht der Offenkundigmachung des Nacherbrechts im Grundbuche. Das hat folgende Bedeutung: durch die Eintragung des Nacherben wird der Vorerbe in der Verfügung über das Grundstück nicht behindert (**RG. 17** 232). Dagegen kann der Nacherbe nach Eintritt des Substitutionsfalles die Rückgängigmachung von Veräußerungen und Belastungen mit Rücksicht auf die Offenkundigkeit seines Rechtes dem Erwerber gegenüber beanspruchen (§ 2113 ¹). Ist dieser infolge seines Verzichts nicht eingetragen, so verliert er zwar seinen Rückforderungsanspruch nicht schlechthin, wohl aber dem gutgläubigen Erwerber gegenüber (§ 2113 ³). Der Rechtswirksamkeit eines solchen Verzichts steht nichts im Wege.

3. *P. Meyer, § 46 Anm. 21: Die Unwirksamkeit einer Verfügung des Vorerben gemäß § 2113 tritt nicht, wie Borcherdt, Erbrecht II 378 behauptet, von vornherein ein, sondern erst wenn die Nacherbfolge eintritt. Bis dahin ist die Verfügung jedem — auch dem Nacherben — gegenüber wirksam, und sie bleibt es dauernd, wenn die Nacherbfolge nicht eintritt.

§§ 2113 ff. 1. *P. Meyer, § 46 hinter Anm. 24: Der Mangel in dem Verfügungsrechte des Vorerben ist unerheblich, damit er durch die Zustimmung des Nacherben gedeckt wird.

2. *P. Meyer, § 46 bei Anm. 36, 37: Die Beschränkungen des Verfügungsrechts des Vorerben berühren das Prozeßführungsrecht nicht, so daß der Vorerbe über alle zur Erbschaft gehörenden Rechtsverhältnisse Prozesse führen kann — sei es als Kläger, sei es als Beklagter. Dagegen sind die bezeichneten Beschränkungen allerdings erheblich für die Erstreckung der Rechtskraft eines zwischen dem Vorerben und einem Dritten über ein erbschaftliches Rechtsverhältnis ergangenen Urteils auf den Nacherben (vgl. ZPO. § 326).

§ 2115. KGJ. **27** A 135, ZBlFrG. **4** 504, RJA. **4** 59, R. **04** 118 (KG.): Die Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung in ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück wegen einer persönlichen Forderung gegen den Vorerben ist zulässig. Die Nacherben können vor Eintritt der Nacherbfolge nur gegen die zwangsweise Veräußerung oder Überweisung von

Erbschaftsgegenständen, nicht auch gegen andere Zwangsvollstreckungsmaßregeln, insbesondere Eintragung einer Sicherungshypothek, Widerspruch nach Maßgabe des § 771 ZPO. erheben.

§ 2121. 1. OLG. 8 274 (Stuttgart): Der Nacherbe kann die Inventarerrichtung des Vorerben nur im Prozeßweg erzwingen. Das Nachlaßgericht hat mit der Aufnahme dieses Verzeichnisses nichts zu tun. Ihm liegt weder ob, es aufzunehmen, oder durch einen zuständigen Beamten aufnehmen zu lassen, noch ist es befugt, dem Vorerben die Erfüllung seiner Verpflichtung aufzugeben, im Falle seines Ungehorsams mit Zwangsmaßregeln gegen ihn einzuschreiten oder im Streitfall über das Bestehen der Verpflichtung zu entscheiden. Vielmehr muß es dem Nacherben, der Errichtung und Mitteilung eines Nachlaßverzeichnisses verlangt, überlassen bleiben, seinen Anspruch im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen und dessen Erfüllung auf Grund eines vollstreckbaren Urteils nach § 888 ZPO. zu erzwingen.

2. OLG. 8 279 (KG.): Das BGB., das die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts im einzelnen geregelt hat, enthält keine Vorschrift, nach welcher die Vergütung des Vollstreckers der Festsetzung des Nachlaßgerichts unterliegt, und eine entsprechende Anwendung anderer Vorschriften ist ausgeschlossen. Spricht das Gesetz auch vom „Amte" des Vollstreckers, so beruht dieses Amt doch nicht, wie die Vormundschaft und Pflegschaft, im öffentlichen Rechte, sondern es ist privatrechtlicher Natur, wie denn auch der Vollstrecker berechtigt ist, sein Amt abzulehnen und jederzeit zu kündigen. Das Nachlaßgericht ernennt ihn in der Regel nicht, es nimmt ihn nicht in Pflicht, es beaufsichtigt ihn nicht, es ist nicht in der Lage, ihn zur ordnungsmäßigen Amtsführung anzuhalten.

§ 2128. **RG. 59** 201, JW. **04** 555: § 2128 Abs. 1 gewährt — übrigens in fast wörtlicher Übereinstimmung mit § 1051 — dem Nacherben den klagbaren und deshalb auch mit Einrede verfolgbaren Anspruch auf Sicherheitsleistung schon dann, wenn durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet ist. Dieser Anspruch steigert sich nur gemäß § 1052 bis zur Entziehung der Verwaltung und Bestellung eines Sequesters, wenn es der Vorerbe zur rechtskräftigen Verurteilung hat kommen lassen. Das Recht des Nacherben gegen den Vorerben auf Sicherheitsleistung ist also unabhängig von rechtskräftiger Verurteilung und Entziehung der Verwaltung und kann auch einredeweise durch Bezugnahme auf § 273 BGB. geltend gemacht werden.

§ 2139. 1. *P. Meyer, § 47 unter 1: Der Übergang der Erbschaft auf den Nacherben vollzieht sich mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge von selbst; einer Restitution der Erbschaft im Sinne des römischen und gemeinen Rechtes bedarf es nicht. Allerdings hat der Vorerbe auch nach dem BGB. die Erbschaft herauszugeben, aber diese Herausgabe ist nicht, wie die römische Restitution, eine Herausgabe der Erbschaft *als solcher* (der Erbenstellung) — diese erwirbt der Nacherbe eben sofort mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge —, sondern nur eine Übertragung der Erbschafts*sachen* behufs tatsächlicher Verwirklichung der Erbenstellung des Nacherben.

2. Grosse, Die Stellung des Universalfideikommissars, begründet im Anschluß an Hellwig, Rechtskraft §§ 32, 33, Lehrbuch § 39 III 4, den Standpunkt, daß der Nacherbe des BGB. ebenso wie der Universalfideikommissar Rechtsnachfolger des Vorerben sei. U. a. führt er hierzu aus (64, 65): Ein gutes Zeichen für eine Theorie ist es, wenn sie Konsequenzen ergibt, die dem Billigkeitsempfinden zusagen. Nach dem BGB. ist der Dritte, der rechtsgeschäftlich mit dem Erben verkehrt, dadurch geschützt, daß dem Vorerben über die Dauer

seiner Erbenzeit hinaus ein Verfügungsrecht eingeräumt ist, solange er vom Eintritte der Nacherbfolge nichts wußte und nichts wissen mußte. Es wäre hier richtiger nicht von Verfügungsrecht, sondern von bloßer Verfügungsmacht zu sprechen. Diese Befugnis des Vorerben ist insofern beschränkt, als sich bösgläubige Dritte nicht darauf berufen können. Jedoch genügen andererseits in den vom Gesetze statuierten Fällen die gewöhnlichen Erfordernisse auf seiten des Dritten, um dem Vorerben Verfügungsmacht zu verleihen. Strohal zuerst hat darauf hingewiesen, daß der Dritte gemäß § 2140 keinen genügenden Schutz genieße, da hiernach sein guter Glaube im Obligationenverkehr irrelevant sei. Er glaubt „aus der Gesamttendenz des BGB." folgern zu dürfen, daß wegen guten Glaubens des Schuldners dem Vorerben ebenfalls Verfügungsmacht einzuräumen sei. Diese Deduktion ist falsch, da sie auf einer irrigen Prämisse beruht. Ein anderer Weg führt zu dem gewünschten Ergebnis: Nach § 412 sind für die Übertragung von Forderungen kraft Gesetzes §§ 406—410 entsprechend anwendbar. § 407 I nun ergibt die Wirksamkeit jedes bezüglich der Forderung zwischen dem Vorerben und dem Schuldner nach dem Übergange vorgenommenen Rechtsaktes, sofern der Schuldner nicht den Übergang kennt. Die Schwierigkeit, die darin besteht, daß nach § 2140 Gutgläubigkeit des Dritten erforderlich ist, für § 407 dagegen bloße Unkenntnis ausreicht, wird beseitigt, wenn man mit Hellwig das Verhältnis der beiden Vorschriften als einen Fall der Gesetzeskonkurrenz erklärt. Die Ergänzung des § 407 ist aus § 2140 Satz 2 zu abstrahieren, so daß der Schuldner im Verkehre mit dem Vorerben nach dem Übergange der Erbschaft gutgläubig sein muß.

§ 2146. *Boschan, Nachlaßsachen II 224: In denjenigen Fällen, in denen die Nacherbfolge erst mit dem Tode des Vorerben eintritt (vgl. § 2106 BGB.), sind die Erben des Vorerben als anzeigepflichtig zu erachten, da mit dem Tode ihres Erblassers auch ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten regelmäßig endigt. Diese Anzeigepflicht wird selbst dann anzunehmen sein, wenn die Erben des Vorerben zugleich die Nacherben sind, da sie mit dem Tode des Erblassers auch aus dem Gesichtspunkte der Nacherbfolge haften.

Vierter Titel. Vermächtnis.

Literatur: Munk, Das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes. (Diss. Berlin 04.)

§ 2147. BayObLG. 5 652, ebenso 692. Wenn in einem Ehe- und Erbvertrage für den Fall beerbter Ehe bestimmt ist, daß der überlebende Ehegatte mit der Maßgabe Alleinerbe sein soll, daß er den Kindern das Vater- oder Muttergut in einem dem Werte des Nachlasses gleichkommenden Geldbetrage zu entrichten hat, so ist den Kindern nur ein Vermächtnis zugewendet.

§ 2149. *Hörle, R. 04 370: Ist ein gesetzlicher Erbe nach §§ 1924 bis 1935 nicht vorhanden, so fehlt eine aus der Vermächtnisanordnung berechtigte Person. Die Anordnung ist unwirksam, und der betreffende Nachlaßgegenstand verbleibt dem eingesetzten Erben.

§ 2150. S. oben zu § 2087 Abs. 2.

§ 2165. *Munk a. a. O.: Das gemeine Recht hielt im Falle des Vermächtnisses eines zur Erbschaft gehörenden, doch mit einem dinglichen Rechte belasteten Gegenstandes zwei Vermächtnisse für vorliegend: ein Eigentumsvermächtnis und ein Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden fremden Rechtes. Die Wirksamkeit des letzteren richtete sich nach den Regeln des Verschaffungsvermächtnisses.

Nach BGB. bleiben ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers alle dinglichen Belastungen bestehen. Obligatorische Rechte belasten aber den Erben.

Bei Hypotheken, Grund- und Rentenschulden ist „aus den Umständen" zu entnehmen, ob sie mitvermacht sein sollen und daher beseitigt werden müssen. Mit Rücksicht auf die rechtliche Natur von Eigentümerhypotheken, Grund- und Rentenschulden als „selbständige Aktiva" des Grundstücks bleiben diese zugunsten des Beschwerten und zu Lasten des Bedachten bestehen. Ebenso bleibt die für eine persönliche Schuld des Erblassers oder für die Forderung eines Dritten, zu deren Befriedigung der Erblasser verpflichtet ist, bestehen, sofern die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird. Eine Überschuldung trägt der Erbe. Zeitpunkt der Wertberechnung ist der Eigentumsübergang. (A. M. Strohal, Erbrecht (1) 44).

§ 2169. *Munk a. a. O.: Das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes umfaßt

a) nur Gegenstände, durch deren Zuwendung dem Bedachten ein Vermögensvorteil gewährt wird: Sachen und Geld werden Rechte (vgl. BGB. § 1959) (26);

b) Gegenstände, die nicht zur Erbschaft gehören, und zwar zur Zeit des Erbfalls. „Nicht gehören" wird hier in keinem technischen Sinne gebraucht, sondern bezeichnet die von dem Eigentumsrechte des Erblassers nicht beherrschten Sachen und die ihm nicht zustehenden Rechte. Eine Erweiterung findet diese Begrenzung durch § 2169 Abs. 4 (28 ff.).

Das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes ist grundsächlich unwirksam im eigenen Sinne. Es ist also nicht nichtig oder anfechtbar, sondern vermag nur keine Wirkungen zu äußern. Diese Regelung ist berechtigt, da im allgemeinen nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser über fremdes Gut hat verfügen wollen. Ergibt aber die Auslegung, daß dieser Wille — (er ist unabhängig vom Errichtungswillen zu beurteilen) — vorhanden war, also der Gegenstand auch für den Fall der Nichtzugehörigkeit zur Erbschaft zugewendet sein soll, so ist das Vermächtnis wirksam. Beweispflichtig ist der Bedachte. — (Anwendung findet diese Regel nur auf das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes, demnach nicht auf ein Gattungsvermächtnis).

Auslegungsregeln:

a) Rücksicht verdient auch im BGB. der Grundgedanke der gemeinrechtlichen Vermutung, daß das Verschaffungsvermächtnis bei einer persona coniuncta stets wirksam ist. Er wird auf bestehende Freundschaftsbeziehungen und Zuwendungen auszudehnen sein, welche sich auf eine sittliche Pflicht oder auf eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gründen.

b) Wird ohne Zutun und ohne Zustimmung der Gegenstand nach der Vermächtniserrichtung zerstört („untergegangen") oder ist er ihm vor oder nach der Vermächtniserrichtung gegen seinen Willen genommen („entzogen"), so tritt ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund Werterſatz ein. Ersatz tritt nur ausnahmsweise bei einer vor dem Erbfall in die Erbschaft erfolgten Ersatzleistung ein.

c) Besitz gilt im Zweifel stets vermacht, wenn er dem Bedachten einen rechtlichen Vorteil gewährt. Dies rechtfertigt sich aus der geringeren Belastung des Beschwerten, wenn er nur ein „faktisches Verhältnis" einzuräumen hat. Rechtlicher, d. h. die Rechtsposition stärkender Vorteil wird nicht vorliegen. Unberücksichtigt bleibt der sich aus der Wirksamkeit des Vermächtnisses erst ergebende Vorteil.

d) Den allgemeinen Regeln unterliegt das Vermächtnis einer rei heredis. Zur Bejahung der Wirksamkeit wird erst die Vereinigung der Eigentümer- und Erbeneigenschaft in einer Person und die dadurch erleichterte Verschaffungsmöglichkeit führen (47 ff.).

Abs. 3. Vgl. Waller, Surrogation 100.

§ 2170. *Munk a. a. O. 33 ff. und 113 ff.: I. Die Zuwendung eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes stellt sich als ein Vermächtnis auf eine Handlung dar. Ziel der Handlung ist, den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen (Verschaffungsvermächtnis). — Modifikationen: Das Verfahren einer fremden Forderung (z. B. Gläubiger ist ein Dritter, der Erblasser, Schuldner) stellt sich als das Vermächtnis einer bestimmten Geldsumme, die liberatio legata als ein Anspruch auf Befriedigung dar. Im übrigen ist die Art der Verwirklichung dem Bedachten zu überlassen.

Ausnahmen des Prinzips bestehen in 2 Fällen:

a) wenn der Beschwerte zur Verschaffung außerstande ist (subjektive Unmöglichkeit (z. B. bei mangelnder Erwerbsfähigkeit, bei liberatio legata im Falle einer höchstpersönlichen Verbindlichkeit;

b) wenn die Verschaffung und — (aber allein in diesem engbegrenzten Falle) — mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (erschwerte Verschaffungsmöglichkeit).

Beweispflichtig für diese Voraussetzungen ist der Beschwerte. In diesen Fällen ist Wertersatz zulässig. Er tritt

im Falle a) an Stelle des Gegenstandes und wird von vornherein geschuldet;

im Falle b) kann sich der Beschwerte durch Hingabe des Wertes befreien. In obligatione ist allein der Gegenstand (facultas alternativa), daher wird hier der Beschwerte infolge unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung des Gegenstandes im Gegensatz zu Fall a) von seiner Verpflichtung befreit.

Als Ersatz ist der gemeine Wert zu leisten (a. M. Frommhold, Erbrecht 174). Der außerordentliche Wert würde sich zu sehr dem Ersatze des Interesses nähern und so den durch § 2170 Abs. 2 Satz 2 dem Bedachten gewährten Schutz vereiteln. Zeitpunkt der Berechnung ist der Zeitpunkt der Verschaffung.

II. Bei Wirksamkeit des Verschaffungsvermächtnisses haftet der Beschwerte für alles schuldhafte Handeln. Dieses wird meist erst nach erfolgter Testamentseröffnung angenommen werden können (das gemeine Recht hatte eine dahin gehende Vermutung aufgestellt). Für sog. freie Handlungen (d. h. schuldlose) haftet er im Gegensatze zum gemeinen Rechte nicht.

III. Verzug tritt erst durch Mahnung ein, die 3 Monate nach der Annahme der Erbschaft erfolgt (vgl. §§ 2014, 1958).

§ 2171. *Munk a. a. O. 47 ff.: Das Vermächtnis einer zur Zeit des Erbfalls unmöglichen Leistung ist nur unwirksam im engeren Sinne (s. die Bem. zu § 2170). Es kann sonach unter Umständen mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers Wirkungen äußern, wenn auch mit anderem Leistungsinhalt (vgl. § 2172 Abs. 2 Satz 1 und 2; § 2169 Abs. 3).

Das Vermächtnis einer res legatarii ist gleichfalls unwirksam, da die Leistung unmöglich ist. Ist die Sache des Begebers jedoch mit einem dinglichen Rechte, z. B. Pfandrecht, belastet, so ist das Vermächtnis als Vermächtnis auf Beseitigung dieses Rechtes wirksam.

Unwirksam ist das Vermächtnis auch im Falle des concursus duarum causarum lucrativarum, jedoch nicht als Sonderfall der Unmöglichkeit, sondern als selbständiger Unwirksamkeitsgrund (zweifelhaft Motive II 81, V 350). Er folgt allein aus dem auf unentgeltliche Zuwendung gerichteten Willen des Erblassers, dem durch die bereits erfolgte unentgeltliche Zuwendung genügt ist. — Bei vorherigem entgeltlichen Erwerbe ist er nicht realisiert. Daher gelangt die Vermächtnisverfügung mit modifiziertem Inhalt zur Entstehung. Unmöglichkeit der Leistung liegt nicht vor. Geschuldet wird der objektive Wert.

§ 2172. Abs. 2. Vgl. Waller, Surrogation 100.

§ 2173. 1. OLG. 8 275 (Hamburg): Das BGB. will dem auf eine freigebige Zuwendung gerichteten letzten Willen zur Ausführung helfen, auch da, wo streng wörtlich genommen das Zugewendete nicht vorhanden ist. Deshalb kann das Liberationslegat, wenn eine Schuld des Legatars in Wirklichkeit nicht besteht, als Vermächtnis auf die Auszahlung des entsprechenden Betrags unter Umständen angesehen werden.

2. *Munk 138: Die Anwendung des § 2173 auf das Verschaffungsvermächtnis ist ausgeschlossen. Er findet nur Anwendung, wenn der geleistete Gegenstand in der Erbschaft vorhanden ist. Dies ist hier nie der Fall.

§ 2180. Über die Bedingbarkeit vgl. Bruck zu § 388 BGB.

§ 2182. Abs. 2. *Munk 168 ff. u. 153 ff.: An Stelle der vom gemeinen Recht und vom 1. Entwurf gebilligten Auffassung, daß der Umfang der Gewährleistungspflicht sich nach den allgemeinen Regeln des Verschaffungsvermächtnisses richtet, ist die Auslegungsregel des Abs. 2 getreten. Sie betrifft den Fall, in dem ein fremder vermachter Gegenstand mit einem fremden Rechte belastet ist. Sie verpflichtet den Beschwerten in ihrer weiten Ausdehnung, dem Bedachten den Gegenstand in seinem vollen Umfange zu verschaffen, bei dem Vermächtnis eines fremden Rechtes sogar für dessen rechtlichen Bestand einzustehen.

Gleichfalls liegt dem Beschwerten die Beseitigung von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden ob, obgleich nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser diese im modernen Wirtschaftsleben als dauernde Lasten erscheinenden Belastungen beseitigt wissen wollte.

Nicht zu beseitigen sind Grunddienstbarkeiten, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten und Reallasten. Der Beschwerte haftet auch nicht für die Freiheit von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

Obligatorische Verpflichtungen werden vom § 2182 nicht getroffen.

Bei nicht genügender Erfüllung der Gewährleistungspflicht wird der Beschwerte in analoger Anwendung des § 440 Abs. 2 BGB. (auch für Rechte!) schadensersatzpflichtig.

§ 2191. OLG. 8 276 (KG.): Die legatarische Bestimmung des Testaments, nach der den Parteien die Wirtschaft gemeinschaftlich gehören, die Beklagte jedoch ihren Anteil nur unter der Bedingung haben soll, daß sie den Kläger heiratet, andernfalls diesem die Wirtschaft allein gehören soll, ist dahin auszulegen, daß der Kläger so lange Alleineigentümer sein soll, bis die Ehe der Parteien zustande gekommen ist, und daß vom Eintritt dieser Tatsache an die Parteien Miteigentümer zu gleichen Anteilen werden sollen. Bis zum Augenblick der Eheschließung hat also die Beklagte nur ein aufschiebend bedingtes Miteigentumsrecht an der Wirtschaft. Ihre Beziehungen zum Kläger werden durch den § 2191 geregelt.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2194. BayObLG., N. **04** 254: Sind die Miterben mit der Nichterrichtung des dem Haupterben zur Auflage gemachten Familienfideikommisses einverstanden, so kann, da die Errichtung eines solchen auch nicht im Interesse des Staates gelegen ist, das Verlassenschaftsgericht die Vollziehung der Auflage nicht erzwingen.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Literatur: Lafrenz, Zur Testamentsvollstreckung, JW. **04** 411. — Rosenthal, Die Befugnis des Testamentsvollstreckers, den Nachlaß zu verpflichten, Gruchots Beitr. **48** 735 ff.

§ 2197. 1. OLG. Naumburg, ZBlFG. 4 623: Der beschäftigungslose A., welcher durch Selbstmord endete, hinterließ bei seinem Tode in seinem Logis einen an seinen Logiswirt gerichteten Zettel folgenden Wortlauts:

Hamb., den 10. April 1903.

Lieber Herr B. Möchte Sie bitten, sich dieser meiner Sachen anzunehmen und zu ordnen. Leben Sie wohl. C. A.

Das Amtsgericht stellte dem B. auf Grund dieser Urkunde ein Zeugnis über seine Ernennung als Testamentsvollstrecker aus, und auch das Landgericht Hamburg erklärte durch Beschluß vom 12. Mai 1903, daß hier ein gültiges Testament und die gültige Anordnung einer Testamentsvollstreckung vorliege.

Das HansOLG. hob diesen Beschluß indessen durch Beschluß vom 14. Juli 1903 auf, indem es erwog, daß zwar die formelle Gültigkeit der Urkunde vom 10. April 1903 als Testament nicht zu beanstanden sein würde, daß aber in der Urkunde die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht ausgesprochen ist. — Der Verstorbene vertraut dem Adressaten nicht die Verwaltung und Regulierung seines Nachlasses an, sondern hinterläßt seinem Logiswirt in dem von ihm bewohnten Logis den Zettel mit dem Wunsche, derselbe möge sich „dieser seiner Sachen annehmen und sie ordnen", wobei nur an die Sorge für die in der Wohnung zurückgelassenen Sachen, deren Ordnung und einstweilige Behütung zu denken ist.

2. OLG. 6 277 (KG.): Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter der Erben, sondern der vom Willen der Erben grundsätzlich unabhängige Träger der Rechte und Pflichten, die sich gemäß dem Willen des Erblassers und dem Gesetz aus der Vollziehung des Testaments ergeben; seine Stellung ist als ein auf dem Willen des Erblassers beruhendes Amt zu betrachten, das er zwar in fremdem Interesse, aber zu eigenem Rechte ausübt. Daraus folgt jedoch nicht, daß er in Ausübung seines Amtes und in Wahrnehmung der Interessen des Nachlasses mit sich in eigenem Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen darf. Er ist vielmehr, wie ebenfalls wiederholt ausgesprochen ist (KGJ. a. a. O., ferner 23 A 248, RJA. 3 44), unfähig, den letzten Willen des Erblassers zu seinen eigenen Gunsten auszuführen, weil es mit seinem Amte unvereinbar ist, daß er, der fremde Interessen zu wahren berufen ist, im Interesse seiner selbst tätig wird. Es muß aber auch angenommen werden, daß er, wenn er zugleich auch von einem anderen Erblasser zum Vollstrecker ernannt ist, nicht mit sich selbst in seiner Eigenschaft als Vollstrecker dieses anderen Erblassers kontrahieren kann. Jedes der beiden Ämter verpflichtet ihn, das fremde Interesse wie sein eigenes wahrzunehmen und den Vorteil jeder der Nachlaßmassen bestens zu fördern. Stehen die fremden Interessen im Gegensatze zueinander, so ist ihm weder nach der einen noch nach der anderen Seite möglich, sein Amt gehörig auszuüben; denn er wird in seiner fürsorgenden Tätigkeit für das eine Interesse durch die Rücksichtnahme auf das entgegengesetzte Interesse gehemmt, und es wird für ihn hinsichtlich seiner Entschließungen ein unlösbarer Widerstreit bestehen, ob er für das eine oder ob er für das andere Interesse in höherem Maße eine vorteilbringende Tätigkeit ausüben soll. Es ist deshalb, wie das Kontrahieren des Vollstreckers mit sich selbst in eigenem Interesse, so in gleicher Weise grundsätzlich ausgeschlossen, daß jemand als Vollstrecker des einen Erblassers mit sich als Vollstrecker eines anderen Erblassers kontrahiert. Von demselben Gesichtspunkt aus ist auch im § 181 der Fall, daß jemand als Vertreter und zugleich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornimmt, mit dem Falle gleichstellt, daß jemand gleichzeitig als Vertreter beider Beteiligten kontrahiert. Die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht auch in dem letzteren Falle (Prot. I 175).

Jener Grundsatz hat jedoch nicht ausnahmslos zu gelten. Wo das Kontrahieren mit sich selbst in gleichzeitiger Wahrnehmung der Interessen zweier verschiedener Nachlaßmassen eine Schädigung weder der einen noch der anderen Masse herbeiführen kann, wo vielmehr es den Interessen beider Massen gleichmäßig förderlich ist, wird die Unstatthaftigkeit nicht anzunehmen sein. Ferner kann die Zulässigkeit eines solchen Selbstkontrahierens sich aus dem im Testament ausgedrückten Willen des Erblassers ergeben. Dieser Wille gibt dem Amte des Vollstreckers seinen Gegenstand und seine Umgrenzung. Soweit es sich demnach um Rechtsakte handelt, die in den Kreis dieses Willens fallen, ist der Vollstrecker zu ihrer Vornahme befugt.

§ 2198. 1. Abs. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 213: Die Erklärung darf durch den Dritten nur persönlich abgegeben werden, da es sich, wie anzunehmen, um ein durch den Erblasser eingeräumtes höchstpersönliches Recht handelt. Der Dritte muß bei Abgabe der Erklärung voll geschäftsfähig sein, da es sich um eine Willenserklärung (§ 107 BGB.) handelt, bei der aber nach dem vermutlichen Willen des Erblassers der gesetzliche Vertreter des Dritten mitzuwirken nicht befugt ist. Das Nachlaßgericht wird sich jedoch mit der Frage der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden nur soweit zu befassen haben, als es im Falle der Beurkundung seiner Erklärung oder der Beglaubigung seiner Unterschrift oder seines Handzeichens in eine entsprechende Prüfung einzutreten hat (Artt. 40, 60 Abs. 3 PrFGG.).

2. Abs. 2. *Boschan, Nachlaßsachen II 179: Eine Ablehnung des Bestimmungsrechts durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (vgl. dagegen § 2202 Abs. 2 Satz 1) ist dem Gesetze nicht bekannt.

*Boschan a. a. O. 180: Beschwerdeberechtigt (§ 80 FGG.) ist regelmäßig nur der Dritte selbst, der ein Recht darauf hat, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen eine Fristbestimmung zu erhalten. Die öffentliche Zustellung der Fristbestimmung ist nicht ausgeschlossen und unter Umständen nötig, wenn der Dritte nicht aufzufinden ist und es auf die Feststellung ankommt, ob zufolge Wegfalls des ihm eingeräumten Bestimmungsrechts die Erbteilung ohne Testamentsvollstrecker erfolgen oder ein anderer Testamentsvollstrecker eintreten soll.

*Boschan a. a. O. 180, 181: Hat der Dritte die Person des Testamentsvollstreckers bereits gehörig bestimmt und wird ihm gleichwohl noch eine Frist zur Erklärung bestimmt, so wird die zuerst erfolgte Benennung durch die Fristbestimmung nicht hinfällig, selbst wenn er innerhalb der gestellten Frist die Erklärung nicht wiederholt. Umgekehrt ist die Fristbestimmung als wirkungslos zu erachten, wenn bei ihrer Zustellung die Voraussetzungen des Bestimmungsrechts nicht oder noch nicht gegeben waren, und sie hat nicht etwa Wirksamkeit für den Fall des Eintritts der Benennungsbefugnis, vielmehr bedurfte es in diesem Falle der Bestimmung einer neuen Frist.

§ 2199. KGJ. **27** A 197 (KG.): Der Testamentsvollstrecker kann, sofern der Erblasser im Testamente nicht etwas anderes angeordnet hat, nicht seine ganze Tätigkeit durch Generalvollmacht auf einen Vertreter übertragen. Dagegen ist es statthaft, und zwar auch ohne besondere Ermächtigung im Testamente, daß er sich zur Ausführung einzelner Geschäfte eines Vertreters bedient.

§ 2200. 1. **RG.** JW. **04** 11, R. **04** 106: Zufolge der durch Art. 213 EG BGB. getroffenen Vorschrift beschränkt sich die Bestimmung des § 2200 auf Erbfälle, die vom 1. 1. 00 ab vorkommen; denn wie nach den erbrechtlichen Verhältnissen im Sinne des genannten Art. 213 sich die Befugnis des Nachlaßgerichts zur Bestellung des Testamentsvollstreckers bemißt, so bleiben auch für diese Verhältnisse, wenn der Erblasser vor jenem Zeitpunkte gestorben ist, nach der in dem Artikel getroffenen Vorschrift die bisherigen Gesetze maßgebend.

2. Über den Begriff der „Beteiligten" im Sinne des Abs. 2 s. *Boschan, Nachlaßsachen II 175.

3. Im Gegensatze zu Planck, Anm. 3 zu § 2200, nimmt *Boschan, Nachlaßsachen II 174 an, daß gegen die ablehnende Entscheidung des Nachlaßgerichts dem Erben die Beschwerde zusteht, da er das rechtliche Interesse daran hat, daß der Wille seines Erblassers zur Ausführung gelangt. Die Nachlaßgläubiger können ein solches Interesse haben, wenn z. B. die Erben noch nicht ermittelt oder nur mit Schwierigkeit zu belangen sind.

§ 2202. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 216: Die vor dem Eintritte des Erbfalls abgegebene Erklärung ist unwirksam und wird nicht etwa mit dem Erbfalle wirksam; zum Nachweise der Annahme oder Ablehnung muß daher die Erklärung wiederholt werden.

2. Abs. 3. *Boschan, Nachlaßsachen II 182: Ist die Ernennung nur für einen bestimmten Fall erfolgt und dieser noch nicht eingetreten, so ist ein vorher gestellter Antrag auf Bestimmung der Frist als verfrüht und daher als unzulässig abzuweisen.

§ 2204. 1. OLG. **9** 396 (KG.): Das Kammergericht hat mehrfach ausgesprochen (KGJ. **24** A 106, **25** A 73), daß es mit der Stellung des Vollstreckers als Trägers eines Amtes unvereinbar sei, den Willen des Erblassers zu seinen Gunsten auszuführen, und das gleiche muß auch gelten, wenn es sich um die Interessen seiner Frau als Erbin handelt, zumal wenn er mit dieser in Gütergemeinschaft lebt.

2. KGJ. **28** A 17 (KG.): Ein Testamentsvollstrecker, dem nur die Verwaltung des Erbteils eines im Pflichtteile beschränkten Kindes übertragen ist, kann an Stelle des Kindes die Vermittelung der Erbauseinandersetzung mit dessen Miterben bei dem Nachlaßgerichte beantragen.

3. KGJ. **28** A 196 (KG.): Eine Teilungsanordnung hat keine dingliche Wirkung.

4. OLG. **9** 406, KGJ. **27** A 194, RJA. **4** 185, R. **04** 419 (KG.): Ein zum Testamentsvollstrecker ernannter Miterbe ist nicht befugt, in seinem Sonderinteresse über Nachlaßgegenstände zu verfügen. Dagegen ist er am Handeln im Interesse der Erbengemeinschaft nicht behindert.

§ 2205. 1. RG. **56** 329: Es ist beim Mangel gegenteiliger Feststellungen davon auszugehen, daß der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses nicht beschränkt ist (§§ 2205, 2208 BGB.).

2. KGJ. **27** A 192 (KG.): Der Testamentsvollstrecker ist zur hypothekarischen Belastung von Nachlaßgrundstücken kausal unbeschränkt befugt, soweit nicht bei unentgeltlichen Verfügungen eine Einschränkung aus § 2205 Satz 2 BGB. folgt.

§§ 2205, 2206. RG. **59** 361 ff.: Wenn der Testamentsvollstrecker auch durch die von ihm innerhalb seiner Befugnisse eingegangenen Rechtsgeschäfte in seiner Person weder Rechte erwirbt, noch mit Verbindlichkeiten belastet wird, so folgt daraus doch nicht, daß er als Stellvertreter der Erben betrachtet werden könnte. Kraft der von dem Erblasser ihm eingeräumten Befugnisse und behufs Ausführung des Willens des Erblassers verfügt er über den Nachlaß, und zwar mit der Wirkung, daß die von ihm vorgenommenen dinglichen und obligatorischen Dispositionsakte im Bereiche des Nachlaßvermögens für den Erben oder, wenn eine Erbengemeinschaft besteht, für diese rechtlich wirksam sind (§§ 2205, 2206 BGB.).

Ob seine so geartete Stellung zutreffend als Befugnis zu einer Vertretung des Nachlasses charakterisiert werden kann, ist ohne Belang, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Erben von ihm schlechthin, nicht der Nachlaß, und

nicht die Erben lediglich in ihrer Eigenschaft als Träger des Nachlaßvermögens, vertreten werden; denn um in der Person die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten zur Entstehung zu bringen, müßte auch gerade eine Stellvertretung der einzelnen als solcher zu den Befugnissen des Testamentsvollstreckers gehören, was dem Zwecke seiner Stellung nicht entspricht.

§ 2206. *Rosenthal, Gruchots Beitr. **48** 735 ff.: Die Eingehung einer Verbindlichkeit kann durch den unmittelbaren Zweck der Auseinandersetzung unter den Miterben, etwa dadurch, daß ein Miterbe auf eine Abschlagszahlung dringt, nicht gerechtfertigt werden, also auch nicht durch die Notwendigkeit, für die Auseinandersetzung Geldmittel zu beschaffen (738).

Die Beweislast für die Ordnungsmäßigkeit hat der Dritte, der aus dem mit dem Testamentsvollstrecker geschlossenen Geschäfte Rechte herleitet; doch braucht er zur Begründung der Klage gegen die Erben vorerst nur den Abschluß des Geschäfts mit dem Testamentsvollstrecker zu behaupten. Es genügt, wenn der Dritte beweist, daß der Testamentsvollstrecker den erstrebten ordnungsmäßigen Zweck mit ordnungsmäßigen Mitteln erfüllt hat; den Nachweis, daß der als Voraussetzung der Vertretungsmacht geforderte Zweck de facto erreicht worden ist, braucht er nicht zu erbringen (738 f.).

Daß der bloße auf gründlicher Prüfung beruhende gute Glaube des Dritten an die Ordnungsmäßigkeit der Maßregel genüge, um den Dritten zu schützen, ist mit Meischeider, Staudinger-Herzfelder, Haidlen, Frommhold, Scherer gegen Planck, Märcker 175, Weißler 191, Strohal 279, Böhm 187, Leske 1211 zu verneinen (739 ff.). Vgl. JDR. **1** zu § 2206 Ziff. 1.

§ 2213. RG. **56** 329 ff., JW. **04** 148: Das Urteil und mithin auch der Schiedsspruch gegen den Erben wirkt nicht gegen den Testamentsvollstrecker. Es folgt dies schon aus der ihm vom BGB. eingeräumten Stellung als Verwalter des Nachlasses, neben welchem der Erbe über einen der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen kann (§§ 2205, 2211 BGB.), ist aber auch mit Sicherheit aus dem § 327 ZPO. zu entnehmen. Dort ist im Abs. 1 bestimmt, daß ein Urteil, das zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung des ersteren unterliegendes Recht ergeht, für und gegen den Erben wirkt. Die durch die Novelle zur ZPO. hinzugefügte Bestimmung hängt mit den die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers betreffenden Beschlüssen der zweiten Kommission zusammen. Der Testamentsvollstrecker soll nicht als Vertreter des Erben angesehen werden; er verwaltet ein (natürlich nicht öffentliches) Amt und hat seine Befugnisse, insbesondere auch die Befugnis zur Prozeßführung zu eigenem Rechte, wennschon er sie in fremdem Interesse ausübt. (Vgl. Prot. V 270, 289, 290, 296, Begr. zu § 293e der Novelle zur ZPO., Heymannsche Ausgabe 155, 156; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Vorbem. 2 zu Buch 5 Abschn. 3 Tit. 6; vgl. auch den Beschluß des KG., KGJ. **24** A 106.) Es bedurfte demnach einer besonderen Vorschrift, um dem Urteile zwischen einem Dritten und dem Testamentsvollstrecker die Rechtskraftwirkung gegen den Erben, der nicht Partei im Prozesse war, zu sichern. Der Abs. 2 des § 327 gibt die entsprechende Form für die Passivprozesse, wobei entscheidend ist, daß der Testamentsvollstrecker zur Führung des Rechtsstreits berechtigt war. Da nicht das gleiche für die von dem Erben geführten Prozesse bestimmt ist, so ist klar und auch unbestritten, daß von einer Rechtskraft der in ihnen ergangenen Urteile gegenüber dem Testamentsvollstrecker keine Rede sein kann. Vielmehr ist für die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil erforderlich und andererseits auch genügend (§ 748 ZPO.). Daraus folgt, daß auch das die Zwangsvollstreckung erst ermöglichende Vollstreckungsurteil nach § 1042 ZPO. aus einem nur gegen den Erben erlassenen

Schiedsspruche nicht ergehen kann. Die für das Urteil notwendige Grundlage ist ein Schiedsspruch gegen den Testamentsvollstrecker. Ob in dem Verfahren gegen diesen der Kreis der ihm zustehenden Einwendungen mit Rücksicht auf den bereits gefällten Schiedsspruch oder mit Rücksicht auf den Umstand beschränkt ist, daß er als Vertreter der Erben in dem gegen diese gerichteten schiedsgerichtlichen Verfahren zugezogen ist, kann dahingestellt bleiben. In jedem Falle hängt die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung und somit des Vollstreckungsurteils von dem Vorhandensein eines Schuldtitels gegen den Testamentsvollstrecker ab. Wenn die Revision auf den Abs. 3 des § 2213 BGB. verweist, so bezieht sich dieser auf den — nicht festgestellten — Fall, daß der Testamentsvollstrecker nur einzelne Nachlaßgegenstände zu verwalten hat, und auf diesen Fall bezieht sich auch die prozessuale Norm des § 748 Abs. 2 ZPO. Es soll bei einer beschränkten Verwaltung des Testamentsvollstreckers die Verurteilung zur Duldung der Vollstreckung in die betroffenen Nachlaßgegenstände genügen, während in den Fällen des § 2213 Abs. 1 Satz 1 BGB. und des § 748 Abs. 1 ZPO. nach dem Wortlaute des Gesetzes die Verurteilung zur Leistung selbst ausgesprochen werden soll (vgl. Gaupp-Stein, Bem. Ia zu § 748 ZPO.). Ein Urteil gegen den Testamentsvollstrecker wird in keinem Falle erübrigt. Daß dieses in einem gegen den Erben und den Testamentsvollstrecker gemeinsam eingeleiteten Verfahren erwirkt werden kann, ist selbstverständlich. Hier fehlt es aber überhaupt an einem Titel gegen den Beklagten.

§ 2215. **RG.** JW. **04** 338: Durch § 2215 ist die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses geregelt und die Mitteilung desselben an die Erben vorgeschrieben. Diese Verpflichtung ist dem Testamentsvollstrecker kraft Gesetzes auferlegt, kann nach § 2220 BGB. von dem Erblasser nicht erlassen werden und ist von einer Anforderung seitens des Erben nicht abhängig (vgl. Planck, Komm. V § 2215 Anm. 1). Die hier ausgesprochene Verpflichtung zur Mitteilung des Nachlaßverzeichnisses besteht indes nur gegenüber den Erben, nicht auch gegenüber den Vermächtnisnehmern. Doch kann der Nießbraucher zufolge §§ 1035, 1068 BGB. Mitwirkung verlangen.

§ 2224. **RG.** DJZ. **04** 994: Wie in Ermangelung entgegenstehender Anordnungen des Erblassers bei dem Wegfall eines von mehreren Testamentsvollstreckern die anderen das Amt allein führen können, so muß folgerichtig angenommen werden, daß dasselbe dann gilt, wenn es sich um den Abschluß eines Rechtsgeschäfts handelt, an dem der eine von mehreren Testamentsvollstreckern in seiner Person liegenden Gründe halber als solcher mitzuwirken dauernd verhindert ist.

§ 2227. 1. OLG. 8 280 (KG.): Die Entlassung des Testamentsvollstreckers erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob der Erblasser bei Kenntnis der Pflichtwidrigkeit ihn nicht ernannt hätte.

2. OLG. 9 407 (KG.): Die Entlassung des Testamentsvollstreckers setzt kein Verschulden voraus.

Ein wichtiger Grund kann auch ohne Verschulden vorliegen.

3. Abs. 2. OLG. 8 280 (Hamburg): Nach § 2227 soll der Vollstrecker vor der Entlassung, wenn tunlich, gehört werden. Dieser Vorschrift wird aber nicht genügt, wenn er zwar gehört, aber gerade über die Beschuldigungen nicht gehört worden ist, welche das Gericht für die schwerwiegendsten hält. Tunlich war es offenbar, ihn zu hören, und das Gesetz ist darum nicht minder verletzt, weil es dem Richter nur eine Direktive gibt („soll"), indem das Nichtbeachten dieser Direktive eine Gesetzesverletzung gewiß dann involviert, wenn es sich um so schwere Vorwürfe handelt, wie sie hier den Zirkularen entnommen worden sind.

4. *Boschan, Nachlaßsachen II 186: Die Entlassung wird bereits mit der Zustellung an den Testamentsvollstrecker wirksam (§ 16 Abs. 1 FrGG.) und behält, wenn gegen die Entlassung sofortige Beschwerde eingelegt wird, diese Wirksamkeit, bis die Entscheidung des Beschwerdegerichts, welche die Verfügung wieder aufhebt, rechtskräftig geworden ist (FrGG. § 26 Satz 1). Eine Aussetzung der Vollziehung der Entlassungsverfügung (FrGG. § 24 Abs. 2, § 26 Satz 2) kann nicht in Frage kommen, da es zur Entlassung außer der Bekanntmachung (FrGG. § 16 Abs. 1) einer besonderen Vollziehung bedarf.

§§ 2229 f. 1. *P. Meyer, § 25 Anm. 1: Ein von der Testierfähigkeit verschiedenes Testierrecht, wie es nach römischem und gemeinem Rechte bestand, ist dem BGB. unbekannt.

2. *P. Meyer, § 25 Anm. 2: Zweifel des Erblassers an seiner Testierfähigkeit sind ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Testaments.

3. *P. Meyer, § 25 Anm. 13: Das in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit errichtete Testament ist nichtig, nicht, wie Cosack II § 349 unter I 1b und andere meinen, wegen Mangels der Testierfähigkeit, sondern wegen Mangels des Testierwillens.

4. Darüber, daß die Testierfähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung, aber auch nur zu dieser Zeit vorhanden sein muß, vgl. P. Meyer § 25 Anm. 2.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Literatur: Dennler, Das Dorftestament, Erlangen 1904. — Fuchs, Muß der Vermerk, daß der Erblasser nicht schreiben kann, vorgelesen und genehmigt werden? ZBlFrG. **4** 123 ff. — Ders. § 2242 Abs. 2 BGB. ZBlFrG. **5** 811 ff. — Hirsch, Zur Testamentserrichtung Schreibensunfähiger. ZBlFrG. **4** 5 ff., 135 ff. — Leschinsky, Die Entscheidung des Kammergerichts über das Testament eines Schreibensunkundigen. DJZ. **04** 241 ff. — Pignol, Unterschreiben des Testaments durch den blinden Erblasser. DJZ. **04** 737 f. — Rietsch, Handbuch der Urkundwissenschaft, Berlin 1904. — Zimmer, Das eigenhändige Testament. AbürgR. **25** 17 ff.

§ 2231. 1. a) **RG. 52** 277 ff., Gruchots Beitr. **48** 366 ff., R. **04** 64: Durch die den sachlichen Erklärungen des Erblassers am Schlusse angefügten Worte: „Dies bestimmt der XX in Y, den ......" wird das Erfordernis der Unterschrift und Angabe des Ortes und Tages der Testamentserrichtung genügend gewahrt. Vgl. JDR. **2** zu § 2231 Ziff. 1b.

b) **RG.** SeuffA. **59** 413: Im Gegensatze zu anderen gesetzlichen Bestimmungen, wie insbesondere dem Art. 4 Nr. 6 WO., wird nicht gefordert, daß der Tag in einer dem deutschen Kalender entsprechenden Weise bezeichnet werde. Die Bezeichnung kann vielmehr auch in jeder anderen Weise erfolgen. Immer aber müssen die vom Erblasser geschriebenen Schriftzeichen die Angabe eines bestimmten Tages enthalten, mögen auch zum Verständnisse der Angabe andere Erkenntnisquellen herangezogen werden müssen. Im vorliegenden Falle ist diesem Erfordernis nicht genügt. Die Schriftzeichen „d. 14ten 1903" bezeichnen keinen bestimmten Tag der Zeit. Es kann sich nur fragen, ob sie nicht deshalb den Tag des 14. Mai 1903 nach deutschem Kalender bezeichnen, weil das auf derselben Urkunde geschriebene Testament der Ehefrau, dem Erblasser hat beitreten wollen, von diesem Tage datiert, und weil die Erklärung des Erblassers, wie der Augenschein wahrscheinlich macht, und wie event. durch die angebotenen Beweise festzustellen wäre, in einer Handlung mit dem Testamente der Ehefrau niedergeschrieben ist. Das erkennende Gericht verneint die Frage. Auch wenn man jene Umstände berücksichtigt, enthalten die Schriftzeichen des Erblassers keine Angabe des Tages, vielmehr ließe sich nur feststellen, welchen Tag der Erblasser hat zeichnen wollen, ohne daß er diese Absicht ausgeführt hätte.

c) KG., R. **04** 450: Ein „Berlin, Ostern 1902" datiertes handschriftliches Testament ist nichtig. Denn als „Angabe des Tages" ist „Ostern 1902"

nicht anzusehen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unterliegt es keinem Zweifel, daß der Ausdruck „Ostern" als Zeitangabe das Osterfest, und zwar die beiden Tage bezeichnet, an denen überall in Preußen und im Deutschen Reiche jenes Fest kirchlich und bürgerlich gefeiert wird.

2. a) Dernburg, DJZ. **05** 5: Die Unterschrift vollzieht die Urkunde nur, soweit sie den Schluß des Kontextes bildet, sie muß ihm räumlich nachfolgen. Doch braucht sie nicht in einer besonderen Zeile unter der Urkunde enthalten zu sein.

Ebenso *Lehmann, Die Unterschrift 110 ff.: Gegen das KG., das eine in derselben Zeile mit dem Kontext stehende Unterschrift für ungültig erklärt hat, weil die Unterschrift den Text räumlich decken müsse (KGJ. **26** A 48), ist zu bemerken, daß sich auch in wagerechter Linie die einzelnen Buchstaben und Wörter räumlich folgen. Die Unterschrift bildet stets einen räumlichen Abschluß der Erklärung im strengen Wortsinne, wenn sie — beurteilt nach der Art und Weise, in der die Schriftzeichen der jeweils gewählten Sprache geschrieben werden, — als das zuletzt geschriebene Wort des beschriebenen Raumes erscheint.

b) Lehmann, Die Unterschrift 42/43, 74, 81: Zur gültigen Testamentsunterschrift ist immer nötig Zeichnung des bürgerlichen Familiennamens; eine Ausnahme besteht nur zugunsten fürstlicher Personen. Die Zeichnung mit der Firma, dem Pseudonym, lediglich dem Vornamen macht das Testament ungültig.

3. OLG. Cöln, R. **04** 284: Ein Privattestament braucht nicht nach Text, Datum und Unterschrift einheitlich errichtet zu werden, sondern es ist eine stückweise Entstehung zulässig. Es ist insbesondere möglich, daß der Text oder ein Teil des Textes, oder daß die Unterschrift lange vor der Niederschrift des Datums geschrieben wird. Erforderlich ist nur, daß das Datum richtig ist, daß also der ganze, schließlich für maßgebend angenommene Text mit allen etwaigen Zusätzen und Änderungen und daß ebenso die Unterschrift am Tage der Datierung vorhanden ist und daß letztere richtig erfolgt.

4. OLG. **8** 281 (KG.): Ein in älteren Testamenten vorbehaltener Nachzettel muß nach dem 1. 1. 00 in der Form des § 2231 BGB. errichtet werden.

5. OLG. **8** 282, KGJ. **26** A 199 (KG.): Testamentserrichtung in Briefform ist zulässig.

6. OLG. **8** 281 (KG.): Ein unter der Herrschaft des ALR. errichtetes privatschriftliches Testament wird durch Erwähnung in einer nach 1900 errichteten letztwilligen Verfügung nicht gültig.

7. *P. Meyer, § 28 Anm. 123: Das Privattestament hat, auch wenn es nach § 2248 in amtliche Verwahrung genommen ist, nur die Bedeutung einer Privaturkunde. Demgemäß liegt demjenigen, der aus dem Testamente Rechte herleitet, der Beweis der Echtheit ob (ZPO. § 440 Abs. 1), jedoch, da ZPO. § 440 Abs. 2 nicht anwendbar ist, nicht bloß hinsichtlich der Unterschrift, sondern auch hinsichtlich des Textes und des Datums. Die Beweiswirkung des als echt feststehenden Privattestaments bestimmt sich nach ZPO. § 416, wobei hervorzuheben ist, daß die dort statuierte Beweiswirkung sich nicht auf die Angabe des Orts- und Zeitdatums bezieht; über den Beweiswert dieser Angabe entscheidet vielmehr freies richterliches Ermessen (ZPO. § 286).

A. A. Münchmeyer, Der deutsche Erbnachweis: Das Nachlaßgericht ist an Beweisangebote und Beweisregeln, wie sie für den Prozeß gegeben sind, überall nicht gebunden, der Antragsteller hat seiner Beweispflicht durch Vorlage oder Nachweisung der Urschrift genügt, das Gericht nach freiem Ermessen seiner allgemeinen Ermittlung und Beweiserhebung zu folgen; es kann nicht nur bei der nach seiner Augenscheinseinnahme formgerechten Urschrift diese als vollen Beweis annehmen, sondern darf angesichts derselben auch weitere Beweise nicht

fordern. Der Antragsteller braucht sie nicht zu liefern, würde sie auch in den meisten Fällen zu liefern nicht imstande sein. Rechtlich und fast immer auch tatsächlich ist dieses Testament also den sonstigen prozessualischen Beweisregeln entzogen. Kann aber außer der Urschrift ein Beweis nicht gefordert werden, so läuft dies auf jene Vermutung hinaus. Sie folgt aus der Eigenart dieses Testaments.

8. *Lieber u. Tecklenburg, Gemeinverständliche Erörterungen 232: Die wirtschaftliche Bedeutung des eigenhändigen Testaments beruht in seiner Verwendbarkeit zur Anweisung der Erbteile Durch seine Kostenlosigkeit wird der Erblasser in Stand gesetzt, stetig durch Zusatztestamente die Verteilung seines Nachlasses bei jeder Vermögensänderung entsprechend so zu korrigieren oder zu ergänzen, daß die in seinen Testamenten enthaltenen Anordnungen bei seinem Tode gewissermaßen einen fertigen — und, sofern keine Pflichtteilsverletzung vorliegt, unanfechtbaren — Verteilungsplan darstellen.

§§ 2232 ff. 1. *Jastrow, DNotV3. **4** 401: Die Urkundspersonen (Richter und Notar) sind verpflichtet, bei offenkundigen Kontroversen über Formfragen die Urkunde regelmäßig so einzurichten, daß sie auch vor der strengeren Meinung bestehen kann. Wenn wegen Zuwiderhandlung hiergegen ein Urteil über die Gültigkeit der Urkunde entsteht, so können sie für entstandenen Schaden und Kosten unter Umständen selbst dann haftbar gemacht werden, wenn die Entscheidung schließlich im Sinne der Gültigkeit der Urkunde getroffen wird, vorausgesetzt, daß bei sorgsamer Fassung der Urkunde der Streit überhaupt nicht entstanden wäre.

2. *P. Meyer, § 27 bei Anm. 4: Daß die Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments vor dem Amtsgericht oder Notar des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts des Erblassers erfolgt, ist nicht erforderlich; sie kann vor jedem beliebigen Amtsgericht oder Notar erfolgen. Auch schadet es nicht, daß die Errichtung nicht in dem Bezirke des Amtsgerichts oder Notars erfolgt. Allerdings darf ein Gericht außerhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Ortes bei einer Testamentserrichtung nur mitwirken, wenn Gefahr im Verzug obwaltet (FrGG. § 2, GVG. § 167); allein ein Verstoß gegen diese Vorschrift ist ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Testaments. (Planck-Ritgen, Anm. 3a zu § 2231).

§ 2241. Dernburg, DJZ. **05** 6: Offenbare Schreibfehler in der Fassung des Protokolls sind durch Auslegung zu berichtigen, wenn sie sich aus der Testamentsverhandlung ergeben.

§ 2242. 1. Abs. 1. a) OLG. **9** 422 (Stuttgart): „Das Protokoll" ist gleichbedeutend mit „der im § 2241 bezeichnete Protokollinhalt".

Ein innerer Grund für eine Vorschrift des Inhalts, daß ein Testament ungültig sein soll, wenn auch nur eine einzige nebensächliche, überflüssige und unwesentliche Bemerkung oder Feststellung des Protokolls nicht vorgelesen worden ist, ist nicht ersichtlich, und ohne zwingende Gründe läßt sich nicht annehmen, daß der Gesetzgeber einen solchen Satz hat aufstellen wollen. Solche Gründe liegen aber nicht vor. Vielmehr weist der Zusammenhang zwischen den §§ 2241 u. 2242 darauf hin, daß unter dem Protokolle des § 2242 Satz 1 eben das Protokoll des im § 2241 bezeichneten Inhalts, m. a. W. der im § 2241 bezeichnete Protokollinhalt gemeint ist. Von dieser Auffassung scheint auch das **RG. 50** 217 auszugehen, wenn es sagt: „da sich die Bestimmungen des § 2242 unmittelbar an den eine Aufzählung wesentlicher Bestandteile des Protokolls enthaltenden § 2241 anschließen, so muß angenommen werden, daß die im ersten Satze des § 2242 vorgeschriebene Vorlesung und Genehmigung des Protokolls sich ausnahmslos auf diejenigen Teile der niedergeschriebenen Verhandlung mit

zu erstrecken hat, in denen die Angaben und Erklärungen enthalten sind, welche nach § 2241 zum notwendigen Inhalt des Protokolls gehören. Dies nötigt zu der Folgerung, daß auch der Teil des Protokolls zu verlesen und zu genehmigen ist, in welchem sich Angaben über die Zeit und den Ort der Verhandlung befinden".

b) **RG.** JW. **04** 208: Das nach §§ 2249 und 2240 über die Errichtung des Testaments aufzunehmende Protokoll bedarf zu seiner Gültigkeit einer Einhaltung der im ersten Satze des § 2242 gegebenen drei Formvorschriften, daß es nämlich vorgelesen, vom Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden muß. Für sich allein genügt aber die Einhaltung dieses dreifachen Formgebots dem Gesetze nicht. Seine Einhaltung muß vielmehr nach dem sich anschließenden zweiten Satze der Gesetzesvorschrift im Protokolle selbst festgestellt werden. Eine derartige Feststellung geschieht auf Grund unmittelbarer Wahrnehmung der sich bei der Testamentserrichtung abspielenden Vorgänge vermöge einer ausdrücklichen Erklärung, die im örtlichen und zeitlichen Zusammenhange mit ihnen in die Urkunde aufzunehmen ist. Als unerläßlicher Bestandteil des Protokolls kann sie mit Bezug auf keines jener drei Formgebote dadurch ersetzt werden, daß die tatsächliche Einhaltung des Gebots außerhalb des Aktes der Testamentserrichtung anderweitig ermittelt wird. Es genügt also auch nicht der Nachweis in einem Prozeß, und zwar selbst dann nicht, wenn sich die Überzeugung des Prozeßrichters auf Schlußfolgerungen aus dem Inhalte der Testamentsurkunde selbst zu stützen vermag, insbesondere wenn sich die geschehene Protokollgenehmigung durch die Feststellung der beiden anderen Formerfordernisse, nämlich der sich an die Vorlesung anschließenden Unterzeichnung des Protokolls, als bewiesen annehmen ließe. Könnte daher im vorliegenden Falle die Nachweisbarkeit der Protokollgenehmigung auf dem Wege einer derartigen Schlußfolgerung selbst zugegeben werden, so würde der dem Protokoll anhaftende Mangel, daß dessen Genehmigung nicht in ihm selbst eine ausdrückliche Feststellung gefunden hat, dadurch nicht aufgewogen werden.

c) *Pignol, DJZ. **04** 737: Erfordert ist außer der Genehmigung eigenhändiges Unterschreiben des Protokolls, und das Unterschreiben ist die endgültige Bestätigung der Genehmigung. Der Blinde kann nicht wahrnehmen, worauf sich die Bestätigung erstreckt; daher kann er auch nicht unterschreiben in den Fällen, wo das Unterschreiben erfolgen müßte — im Gegensatze dazu, daß er Schriftstücke, die nur der (einfachen) schriftlichen Form (§ 126 BGB.) bedürfen, unterzeichnen kann und dann die Unterschrift gelten lassen muß.

2. Abs. 2.

a) **RG. 56** 367 ff., JW. **04** 116: Der § 2242 bestimmt in Abs. 1 Satz 1 u. 2: „Das (über die Errichtung des Testaments aufgenommene) Protokoll muß . . . von dem Erblasser . . . eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist." Nach ihrem Wortlaut enthält diese Vorschrift überall zwingendes Recht. Wenn sodann Abs. 2 des § 2242 bestimmt: „Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt," so muß in gleicher Weise auch die bezügliche Erklärung des Erblassers über sein Unvermögen zu unterschreiben und deren Feststellung im Protokoll als wesentliche Formvorschrift gelten. Denn es wird in Abs. 2 zwar an Stelle der eigenhändigen Unterschrift eine Ersatzform nachgelassen; im übrigen bewendet es aber auch hier bei der Notwendigkeit der Feststellung des bezüglichen Vorganges im Protokolle. Der dem § 2242 zugrunde liegende Grundsatz, daß der eine Abweichung von der Regelform des Testaments bedingende Tatbestand notwendig im Protokolle festzustellen ist, wird auch in den weiteren Bestimmungen der §§ 2243 ff. BGB.

konsequent festgehalten, mag hier im einzelnen Falle die Erklärung des Erblassers oder einer der mitwirkenden Personen bestimmend sein. So ist nach der kategorischen Vorschrift des § 2243 die für das Testament des Stummen vorgeschriebene Form nur dann gegeben, wenn die Überzeugung des Richters oder Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, im Protokolle festgestellt wird. Nach §§ 2244, 2245 muß zur Wahrung der Formgültigkeit des dort vorgesehenen Testaments eines der deutschen Sprache nicht mächtigen Erblassers die Erklärung desselben, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, und bezüglich der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, im Protokolle festgestellt werden. Endlich ist für das Nottestament des § 2249 wesentliches Formerfordernis die protokollarische Feststellung der Besorgnis, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde.

Entsprechend der speziell für Testamente im § 2242 gegebenen Vorschrift bestimmt auch § 177 Abs. 2 FGG.: „Erklärt ein Beteiligter, daß er nicht schreiben könne, so muß diese Erklärung im Protokolle festgestellt werden".

Mit der Auffassung, daß die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, notwendig im Protokolle festzustellen ist, stehen die Motive des § 1920 des ersten Entwurfes, welche Vorschrift in den § 2242 BGB. übergegangen ist, im Einklange. Dortselbst wird ausgeführt: Für den Fall, daß der Erblasser erklärt, er könne nicht schreiben, soll die erforderliche Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt werden . . . Zu bestimmen, daß auch der Grund der Verhinderung am Unterschreiben im Protokolle festgestellt werden müsse, ist nicht ratsam. An die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift die Nichtigkeit des Errichtungsakts zu knüpfen, würde zu hart sein." Vgl. Mugdan, Materialien zum BGB. V 144.

Der Gebrauch sakramentaler Worte für die Abgabe der im § 2242 bezeichneten Erklärung ist allerdings nicht vorgeschrieben. Es würde daher völlig ausreichend gewesen sein, wenn die Erblasserin im vorliegenden Falle auf irgendeine Art, so insbesondere durch Genehmigung des die objektive Feststellung des Unvermögens enthaltenden Testamenttextes, für ihre Person bestätigt hätte, nicht schreiben zu können. (Vgl **RG.** JW. **03** Beil. 30.)

Das Berufungsgericht geht jedoch bedenkenfrei davon aus, daß eine Erklärung der Erblasserin, nicht schreiben zu können, protokollmäßig überhaupt nicht erfolgt sei. Denn am Schlusse des dispositiven Teiles des über die Testamentserrichtung aufgenommenen Protokolls fanden sich drei Kreuze als „Handzeichen der S.", und sodann fuhr das Protokoll wörtlich fort: „Weiter hatte die Erblasserin nichts zu verordnen. Nachdem dieses Protokoll dem Erblasser noch wörtlich vorgelesen, von ihm genehmigt worden war, wurde es von ihm, da er zum Schreiben zu matt war, mit drei Kreuzen unterzeichnet."

Fehlt es hiernach der letztwilligen Verfügung an der durch Gesetz vorgeschriebenen Form, so ist dieselbe gemäß § 125 Satz 1 BGB. zu Recht für nichtig erklärt."

b) *Jastrow, DNotV3. **4** 397, führt aus, daß die Erklärung des Erblassers (Beteiligten), nicht schreiben zu können, im vorgelesenen Teile des Protokolls stehen müsse, und empfiehlt dringend, die Protokolle so zu fassen, daß dies aus ihnen klar ersichtlich ist.

c) *Fuchs, ZBlFrG. **5** 123 ff.: Der Vermerk, daß der Erblasser erklärt hat, nicht schreiben zu können, muß vorgelesen und genehmigt werden. A. M. OLG. **7** 138 ff. (KG., Feriens.).

*Fuchs, ZBlFrG. **4** 811: Die protokollarische Feststellung, daß der Erblasser erklärt hat, nicht schreiben zu können, kann nicht durch den Vermerk, daß

der Erblasser nicht schreiben könne, ersetzt werden. A. M. Leschinsky, DJZ. **04** 241 ff.

d) *Hirsch, Zur Testamentserrichtung Schreibensunfähiger, WürttZ. **46** 5 ff. u. 135 ff., über die Frage, wie das Protokoll über die Testamentserrichtung eines wegen Krankheit oder aus anderen Gründen Schreibensunfähigen zu lauten habe; danach genügt es nicht, wenn der Notar feststellt, daß der Erblasser nicht schreiben könne, und der Erblasser das so abgefaßte Protokoll genehmigt; sondern das Protokoll muß die Angabe enthalten, daß der Erblasser nicht schreiben zu können erklärt habe; so muß das Protokoll genehmigt werden; darauf, ob die Erklärung des Erblassers der Wahrheit entspricht, kommt es nach Mot. V 273 nicht an, sondern nur, ob der Erblasser die Erklärung abgegeben hat, und darum muß diese Erklärung zum Protokoll festgestellt werden. So auch Planck zu § 2242 Anm. 3 und KG., DNotVZ. **1** 118, KGJ. **20** A 130, ferner **26** A 43; weiter OLG. Darmstadt, ZBlFrG. **3** 721. Das letztere Urteil und dasjenige des KG. **20** wird bekämpft von Schwarz, R. **03** 572, wie auch **RG.** JW. **03** 64 Nr. 149 und KG. (Feriens.), OLG. **7** 138, für eine mildere Anwendung des Gesetzes sich verwerten lassen. Angesichts der zitierten Motive dürfte der strengeren Ansicht beizutreten sein.

§ 2244. OLG. **9** 411 (Marienwerder): Als der deutschen Sprache mächtig kann nur derjenige bezeichnet werden, der das, was der deutsch mit ihm Verhandelnde spricht, versteht, und der seinerseits das, was er zu erklären hat, deutsch auszudrücken vermag. Es ist namentlich bei so wichtigen Urkunden, wie Testamenten, erforderlich, daß der Erklärende alle die Erklärungen, die ins Protokoll aufgenommen werden, deutsch abzugeben imstande ist. Gerade bei derartigen Urkunden will das Gesetz durch seine strengen Formvorschriften dafür sorgen, daß die beurkundete Erklärung auch unzweifelhaft dem wirklichen Willen des Erklärenden entspricht.

§ 2245. RG. SeuffBl. **04** 12 ff.: Für die Annahme von Erbverträgen, welche nicht zwischen Ehegatten oder Verlobten geschlossen werden, finden nach § 2276 BGB. die Vorschriften der §§ 2233—2245 Anwendung, und zwar dergestalt, daß alles, was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, bei Erbverträgen für jeden der Vertragschließenden gilt. Der somit auch bei Erbverträgen zur Anwendung kommende § 2245 a. a. O., welcher von der im § 2244 über die Zuziehung eines Dolmetschers aufgestellten Regel eine Ausnahme dann zuläßt, wenn sämtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach derjenigen fremden Sprache mächtig sind, in welcher sich der Erblasser erklärt, schreibt für solchen Fall (im Abs. 2) ausdrücklich vor:

> Unterbleibt die Zuziehung eines Dolmetschers, so muß das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden und die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten.

In dieser Beziehung enthält das Protokoll (in dem zur Entscheidung stehenden Falle bezüglich des zwischen dem Beklagten L. und der jetzt verstorbenen Witwe P. geschlossenen Erbvertrags) neben der Feststellung, daß die Witwe P. erklärt habe, sie sei der deutschen Sprache nicht mächtig, ferner die doppelte Angabe, daß L. der deutschen Sprache unkundig sei, und daß der Notar sowie die Zeugen der französischen Sprache mächtig seien. Das Protokoll schließt mit den Worten:

> Dont procès verbal lequel après lecture faite a été approuvé par les comparants et signé par eux, dispensant les comparants le notaire de sceller les présentes.

Darunter befinden sich die Unterschriften der Witwe P., des Beklagten L., der beiden Zeugen und des Notars.

Der Beklagte L. hat das zur Verlesung gebrachte Protokoll und damit auch die seine Unkenntnis der deutschen Sprache betreffende Angabe genehmigt. Es erhellt dies aus den Worten des Schlußsatzes. Danach war vom Beklagten zweifellos zum Ausdrucke gebracht, daß jene sich auf ihn beziehende Angabe richtig sei, und daß er dieselbe also inhaltlich zu der seinigen mache. Da die Feststellung dieser Erklärung in dem einen Teil des Protokolls bildenden Schlußsatze desselben enthalten ist, und da bezüglich der Auslegung dieses Protokollteils in den Darlegungen des Berufungsrichters die unbedenkliche tatsächliche Feststellung gefunden werden muß, daß danach das ganze Protokoll, einschließlich des in sich wiederum einheitlichen zusammenhängenden Schlußsatzes vollständig vorgelesen, genehmigt und unterschrieben worden ist, so kann seitens der Revision auch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, daß nach dem Inhalte des Protokolls — wie aus den Worten „après lecture faite“ mit Unrecht gefolgert wird — jene genehmigende Erklärung erst nach der Verlesung des Protokolls abgegeben und also nicht mit zur Verlesung gebracht sein würde. Was sodann die andere im Protokoll enthaltene Angabe betrifft, welche sich auf die Sprachkenntnis der mitwirkenden Personen, nämlich des Notars und der Zeugen, bezieht, so muß davon ausgegangen werden, daß nicht nur der instrumentierende Notar, sondern auch die neben ihm als Kontrolpersonen bei der Beurkundung mitwirkenden Zeugen durch ihre das Protokoll abschließende Unterschrift die Richtigkeit aller im Protokoll enthaltenen Feststellungen zu bestätigen haben, soweit diese Feststellungen nicht etwa vom instrumentierenden Notar allein zu bewirken waren oder doch ausgesprochenermaßen von ihm allein getroffen worden sind. Die in dem vorliegenden Protokolle gebrauchten Worte „langue comme du notaire et des témoins soussigués“ lassen nicht erkennen, daß diese Feststellung lediglich vom instrumentierenden Notar getroffen worden sei, während andererseits allerdings auch eine dahin gehende ausdrückliche Erklärung fehlt, daß diese Angabe von allen drei bei der Beurkundung mitwirkenden Personen gemacht werde. Da aber diese sich gleichmäßig auf den Notar und die beiden Zeugen beziehende Angabe, vom Standpunkte der mitwirkenden Urkundspersonen aus betrachtet, als eine von ihnen abgegebene Versicherung ihrer Sprachkenntnis erscheint, und da ferner das so formulierte Protokoll von allen mitwirkenden Personen unterzeichnet worden ist, so kann ein Zweifel darüber nicht obwalten, daß die fragliche Angabe als eine Erklärung angesehen werden muß, welche von jeder der drei mitwirkenden Personen abgegeben wurde.

§ 2246. Verfügung des Königl. Preuß. Justizministers vom 18. Juni 903, ZBlFrG. **4** 215, DNotVZ. **04** 360: In einem der Generalberichte ist zur Sprache gebracht, daß bei verschiedenen Amtsgerichten abgelehnt worden ist, über eine von einem Notar gemäß § 2246 zur besonderen amtlichen Verwahrung gebrachte Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) — neben dem für den Erblasser gemäß § 2246 Abs. 2 auszustellenden Hinterlegungsscheine — dem Notar einen besonderen Empfangsschein zu erteilen. Ein solcher erscheint indessen zur Vervollständigung der Akten des Notars dann nicht entbehrlich, wenn nicht etwa die Einsendung durch die Post erfolgt ist und der Einlieferungsschein als Belag dienen kann. Ich bestimme deshalb, daß in den bezeichneten Fällen auf Verlangen des Notars diesem ein besonderer Empfangsschein von dem Gerichtsschreiber zu erteilen ist, für welchen eine Schreibgebühr nicht erhoben wird.

§§ 2246, 2248. OLG. **9** 411 (Stuttgart): Dem Testator ist das hinterlegte Testament zur Einsicht vorzulegen, wenn sie durch ein rechtliches Interesse geboten erscheint, jedoch sind Maßnahmen zu treffen, welche gewährleisten, daß nur eine

Einsicht stattfindet, und eine etwaige spätere Behauptung, es habe eine unbefugte Einwirkung auf den Inhalt des Testaments stattgefunden, unbegründet erscheint.

§ 2249. 1. Nach § 2249 Abs. 1 findet die Vorschrift des § 2242 daselbst auch in dem im § 2249 geregelten Falle Anwendung.

2. OLG. **9** 413 (KG.): Der Notstand ist durch den beurkundeten Beamten (subjektiv) festzustellen. Ist dieser der Ansicht, daß mit Rücksicht auf die Gefahr eines nahen Todes die ordentliche Testamentsform nicht mehr gewahrt werden kann, und stellt er dies im Protokoll fest, so ist das Testament gültig, ohne Rücksicht darauf, ob die Besorgnis wirklich begründet war (Motive V 282, Gruchots Beitr. **47** 983). Daß zu diesem Behuf im Protokoll bestimmte Worte gebraucht werden, daß es insbesondere von einer „Feststellung" sprechen muß, ist nicht erforderlich (JW. **02** Beil. 216 Nr. 65).

3. **RG.** JW. **04** 144, RheinNotZ. **04** 183: Die bezüglich des § 2242 Satz 1 und 2 bestehenden Meinungsverschiedenheiten beweisen, daß die angezogenen Gesetzesvorschriften keineswegs leicht verständlich sind und jedenfalls die für einen Laien nötige Klarheit vermissen lassen. Deshalb kann darin, daß ein Schultheiß zu der Ansicht gelangt ist, durch die von ihm nach der Unterschrift des Testators vorgenommene Vollziehung des Protokolls werde im Protokoll die eigenhändige Unterschrift des Testators festgestellt, eine Fahrlässigkeit nicht erblickt werden (vgl. hierzu **RG.** JW. **04** 450 Nr. 5).

4. OLG. **9** 422 (Stuttgart): Die Nichtverlesung der dem § 2249 Abs. 2 entsprechenden Feststellung der Befürchtung zu frühen Todes des Erblassers bildet keinen Formmangel. Der letzte Satz des § 2249 Abs. 1 besagt nur: das Protokoll muß den im § 2241 bezeichneten Inhalt haben, und dieser Protokollinhalt muß dem Testierer vorgelesen werden. Der Abs. 2 bestimmt nicht, daß auch der seiner Vorschrift entsprechende Teil des Protokolls vorgelesen werden müsse, die Bezugnahme auf die §§ 2234—2246 ist hier nicht wiederholt, und aus dem Begriffe des Protokolls folgt nicht, daß dessen ganzer Inhalt demjenigen, dessen Erklärung das Protokoll beurkundet, vorgelesen werden muß.

5. *Dennler, Das Dorftestament, enthält eine gedrängte Darstellung der auf die Errichtung von Dorftestamenten bezüglichen Bestimmungen zum Handgebrauche seitens der Gemeindevorsteher, mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Verhältnisse.

§ 2255. 1. OLG. Cöln, R. **04** 284: Eine Einklammerung stellt ebenso wie eine Durchstreichung oder Radierung eine Veränderung dar, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt, jedenfalls dann, wenn über die eingeklammerten Worte neue Worte, die an Stelle der alten treten sollen, geschrieben sind.

2. Goldmann, Gruchots Beitr. **48** 89f.: Die (nicht korrespektiven) Verfügungen des einen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente können mittels Vernichtung der Testamentsurkunde durch den einen Ehegatten nicht widerrufen werden, da erforderlich ist, daß beide Ehegatten die Absicht haben, das Testament aufzuheben, und daß zu diesem Zwecke die Urkunde vernichtet wird.

§ 2256. 1. *Boschan, Nachlaßsachen II 169: Zur Prüfung, ob dem Erblasser die zur Rücknahme des Testaments erforderliche Geschäftsfähigkeit innewohnt, ist nur der Testamentsrichter befähigt. Deshalb hat (wenigstens in Preußen) die Herausgabe aus der Verwahrung zunächst an den Testamentsrichter (auf Grund der von ihm zu erlassenden Ausgabeverfügung) zu erfolgen.

2. *Weizsäcker-Lorenz, Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit (2) 121: Ein Widerruf eines Erbvertrags durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung ist nicht zugelassen.

§ 2259. Abs. 1. a) OLG. **9** 415 (KG.): Das Testament ist in jedem Falle abzuliefern; die Ablieferung kann nicht durch die Erklärung ersetzt werden, das Testament sei gegenstandslos geworden.

b) Lafrenz, DJZ. **04** 159: Weiß oder vermutet das Nachlaßgericht, daß das Testament des Erblassers in einem Banksafe verwahrt ist, so muß es, sofern die Beteiligten (Bankvorstand und gesetzliche Erben) die Ablieferung nicht ermöglichen, selbst das Safe öffnen und das Testament herausnehmen.

2. Abs. 2. KGJ. **27** A 186, OLG. **9** 415, R. **04** 413 (KG.): Ein Notar kann die Ablieferung der von ihm vor dem Inkrafttreten des BGB. aufgenommenen letztwilligen Verfügung einer nach diesem Zeitpunkte verstorbenen Person an das Nachlaßgericht nicht deshalb ablehnen, weil die Verfügung inzwischen unwirksam oder gegenstandslos geworden sei.

3. Best, R. **04** 587, ist (gegen **RG. 48** 96 ff.) der Ansicht, daß das Nachlaßgericht der Verfügung von Todes wegen nicht nur zum vorübergehenden Zwecke der Eröffnung, sondern auch für solche Zwecke bedarf, die den dauernden Besitz der Urschrift erfordern.

4. KGJ. **27** A 41, OLG. **8** 285 (KG.): Ein von einem Notar aufgenommener Erbvertrag, der nicht in die besondere amtliche Verwahrung zu bringen war und der bei dem Tode eines der Vertragschließenden zum Zwecke der Eröffnung an das Nachlaßgericht abgeliefert ist, muß nach der Eröffnung dem Notar zurückgegeben werden.

Literatur: Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis. Erster Teil: Der Erbschein und das Recht der Erbfolge. (1903.) Zweiter Teil: Die gesamte Tätigkeit des Nachlaßgerichts (1905).

§ 2260. 1. OLG. **9** 416 (KG.): a) Stellt eine Verfügung sich äußerlich als Testament dar, so ist sie ohne Prüfung ihrer Rechtsgültigkeit zu eröffnen und zu verkünden.

Die Gültigkeit kommt bei der Eröffnung des Testaments noch gar nicht in Frage.

b) Ein in der Verwahrung des Nachlaßgerichts befindliches, sich inhaltlich als letztwillige Verfügung darstellendes Schriftstück ist nach dem Tode des Erblassers ohne Rücksicht auf die materielle oder formelle Gültigkeit zu eröffnen.

2. a) *Boschan, Nachlaßsachen II 138: Regelmäßig ist der gesamte Inhalt der Verfügung von Todes wegen in Gegenwart aller Beteiligten zu verkünden, doch wird jedem Beteiligten das Recht zuzugestehen sein, zu verlangen, daß der ihn allein betreffende Teil der Verfügung, soweit er für die übrigen Beteiligten kein Interesse hat, nur ihm und dem Mitbeteiligten allein verkündet werde. Bei der Zuwendnng eines Vermächtnisses muß es z. B. genügen, wenn der Vermächtnisnehmer erfährt, was ihm zugewendet ist und an welche mit dem Vermächtnisse beschwerten Personen er sich zu halten hat.

b) *Schultzky, ZBlFrG. **04** 835, bejaht die Frage, ob ein Testament auch dann verkündet werden muß, wenn im Termine zur Eröffnung kein Beteiligter erschienen ist. Gegen Planck Anm. 3c, in Übereinstimmung mit KGJ. **25** A 217.

3. BayObLG. **5** 516: Das Nachlaßgericht hat die ihm obliegende Eröffnung eines Testaments selbst vorzunehmen, es ist nicht statthaft, darum ein anderes Gericht im Wege der Rechtshilfe zu ersuchen; nur die im § 2262 BGB. vorgeschriebene Kenntnisgabe des Inhalts des Testaments kann auch auf dem Wege der Rechtshilfe durch ein anderes Gericht bewirkt werden.

4. Eine erschöpfende Darstellung des Verfahrens der Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung der preußischen Ausführungsbestimmungen, Kosten und Stempelgesetze s. bei *Boschan, Nachlaßsachen II 129 ff.

§ 2261. Wegen der geschäftlichen Behandlung gemeinschaftlicher Testamente und zweiseitiger Erbverträge, wenn sie sich bei einem anderen Gericht als dem Nachlaßgericht in amtlicher Verwahrung befinden, s. *Boschan, Nachlaßsachen II 164 ff.

§ 2262. *Boschan, Nachlaßsachen II 148:

1. Der Richter macht sich durch Unterlassung einer ihm möglichen Mitteilung unter Umständen schadensersatzpflichtig, wenn z. B. von einem Vermächtnisnehmer die Erbschaftssteuer nachträglich erfordert wird und inzwischen der Nachlaß unter zahlungsunfähige Erben verteilt worden ist.

2. Als „Beteiligte" im Sinne des § 2262 sind die gesetzlichen Erben des Erblassers nur dann anzusehen, wenn sie von der Erbfolge ausgeschlossen oder sonst durch die Anordnungen des Erblassers beschränkt worden sind. Insofern deckt sich der Begriff der Beteiligten im § 2262 nicht mit dem im § 2260 vorausgesetzten. Dort hat die Ladung der gesetzlichen Erben einen Sinn, weil noch ungewiß ist, wen der Erblasser zum Erben eingesetzt hat. Anders, wenn der Inhalt der eröffneten Verfügung von Todes wegen bestimmt ersehen läßt, wer hiernach beteiligt ist.

3. In denjenigen Fällen, in denen erst durch die Anordnung des Erblassers ein Fürsorgebedürfnis entsteht, z. B. ein Pfleger zu bestellen ist, hat das Nachlaßgericht, wenn es zugleich Vormundschaftsgericht ist, schon von Amts wegen die im Interesse des Beteiligten erforderlichen Maßregeln zu treffen (vgl. §§ 1665, 1846) und im Anschlusse daran den Beteiligten oder dessen Vertreter festzustellen und zu benachrichtigen. Kommt ein anderes Gericht als Vormundschaftsgericht in Betracht, so muß es als eine ausreichende Inkenntnissetzung im Sinne des § 2262 angesehen werden, wenn das Nachlaßgericht dem Vormundschaftsgerichte durch Vorlegung der Testamentsakten oder Erteilung einer beglaubigten Abschrift von dem Fürsorgebedürfnisse Kenntnis gibt, da das Vormundschaftsgericht aus eigener Amtspflicht das Weitere zu veranlassen und geeignetenfalls selbst den gesetzlichen Vertreter des Fürsorgebedürftigen zu benachrichtigen hat. Vgl. FrGG. § 50, der indessen auf den vorliegenden Fall höchstens zur entsprechenden Anwendung gebracht werden kann.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Literatur: Danz, Die Kunst der Auslegung. DJZ. **04** 659 ff. — Eduard Goldmann, Das gemeinschaftliche Testament. Veröff. des Berliner Anwaltvereins **04**, 16. Heft. — Jastrow, Wie können sich Eheleute bei einem Testamente nach § 2269 BGB. gegen Vereitelung ihrer Absichten durch Pflichtteilsansprüche der Kinder sichern? DNotVZ. **04** 424 ff. — Kiß, Zur jur. Konstruktion der korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament. AbürgR. **25** 175 ff. — Oswalt, Zum Begriffe der korrespektiven Verfügungen. DJZ. **04** 735 ff.

§ 2265. Vgl. Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reiches.

§ 2267. 1. a) KGJ. **29** A 54 (KG.): Für das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments ist es ohne Belang, ob die Ehegatten ihren letzten Willen zusammen in denselben Worten (in der Mehrzahl) oder in gesonderten Sätzen (in der Einzahl) erklären.

OLG. 9 417 (BayObLG.): Der § 2231 Nr. 2 enthält für den Fall, daß das eigenhändige Testament auf mehrere Bogen oder Blätter geschrieben wird, keine Vorschrift darüber, daß und wie die einzelnen Bogen oder Blätter miteinander

verbunden werden müssen, es genügt, daß sich aus den Umständen, besonders aus dem Inhalte der Stücke ergibt, daß sie zusammengehören und miteinander die Testamentsurkunde bilden. Ebenso ist bei einem gemeinschaftlichen Testamente, bei dem die gemeinschaftliche Errichtung das Wesentliche ist, nicht ausgeschlossen, daß die im Sinne des § 2265 gemeinschaftliche Testamentsurkunde aus zwei Bogen oder Blättern besteht, indem die Verfügung jedes Ehegatten auf einen besonderen Bogen oder ein besonderes Blatt geschrieben ist. Obwohl in solchem Falle jede der beiden Verfügungen den äußeren Anschein einer selbständigen Verfügung hat, sind sie in Wirklichkeit doch nicht selbständige Verfügungen, sondern Bestandteile eines gemeinschaftlichen Testaments, weil die Ehegatten sie nicht als selbständige Verfügungen errichtet haben, sondern jeder Teil nur zur Errichtung eines die beiderseitigen Verfügungen zu einer Einheit zusammenfassenden Testaments mitgewirkt hat.

b) OLG. **9** 419 (KG.): Nach § 2267 hat der andere Ehegatte zu erklären, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle. Hiermit hat nicht der Gebrauch der Gesetzesworte vorgeschrieben, sondern nur der Inhalt der Erklärung bestimmt werden sollen, es kommt also nur darauf an, daß der zweite Ehegatte das Testament auch als seinen letzten Willen gelten lassen will. Vgl. Planck § 2267.

c) KGJ. **29** A 54 (KG): Der § 2267 BGB. enthält nur das Mindestmaß der Formvorschriften für ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament und verbietet daher nicht, daß der seine Erklärung beifügende Ehegatte außer dieser Erklärung noch den Text des Testaments oder einen Teil desselben besonders unterschreibt.

d) Die in einem gemeinschaftlichen Testament abzugebende Erklärung des anderen Ehegatten, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle, braucht sich nicht wörtlich dem Gesetz anzuschließen. Deshalb kann die Erklärung „gelesen, genehmigt, unterschrieben" genügen.

Nichtig aber ist ein gemeinschaftliches Testament, wenn sich unmittelbar unter dem Kontext der letztwilligen Verfügung die Genehmigungserklärung der Frau befindet, während die Unterschrift des Mannes und sein anscheinend von seiner Hand herrührendes Datum unter der Unterschrift der Frau steht.

e) KG., RJA. **4** 12, R. **04** 55: Die für die Errichtung des gemeinschaftlichen eigenhändigen Testaments im § 2267 BGB. vorgeschriebene Beitrittserklärung ist als eine „unterschriebene" im Sinne des Gesetzes nur dann anzusehen, wenn die Unterschrift des beitretenden Ehegatten dem Texte der Beitrittserklärung räumlich nachfolgt.

f) Danz, DJZ. **04** 660: Ob eine „unterschriebene Erklärung" vorliegt oder nicht, ist lediglich nach der Verkehrsanschauung, die in Laienkreisen darüber herrscht, zu bestimmen; es ist nicht erforderlich, daß die Unterschrift räumlich unter dem Erklärten steht.

2. *Goldmann a. a. O.: Entbehrt das von dem einen Ehegatten niedergeschriebene Testament der im Gesetze vorgeschriebenen Form, so ist das ganze gemeinschaftliche Testament hinfällig (70). Ist die von anderen Ehegatten beigefügte Erklärung mangels Datierung nichtig, so läßt diese Nichtigkeit in jedem Falle alle diejenigen im Testamente des anderen Ehegatten enthaltenen Verfügungen in ihrer Wirksamkeit unberührt, die nicht eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage enthalten (85 f.).

Übereinstimmung beider Datierungen ist nicht erforderlich (70). So auch Strohal, Endemann, Mantey; dagegen Jastrow, Hölder, Eichhorn; vgl. JDR. **1** u. **2** zu § 2267 Ziff. 2.

Die Form des § 2267 ist nicht die ausschließliche, in der ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament errichtet werden kann; denn das gemeinschaftliche

Testament enthält zwei selbständige Testamente. Gegen die entgegengesetzte Ansicht von Jastrow (vgl. JDR. **1** zu § 2267 Ziff. 1) ist zu bemerken, daß sie in dem Falle, daß beide Ehegatten keine gemeinschaftlichen Verfügungen treffen, undurchführbar ist, da es dann tatsächlich unmöglich ist, daß der eine Ehegatte erklärt, daß das Testament des anderen auch als sein Testament gelten solle (70 f.).

*Goldmann a. a. O. 66 ff.: Es kommt nur die Nichtigkeit der Ehe zur Zeit des Todes des erstversterbenden Ehegatten, nicht zur Zeit der Testamentserrichtung in Betracht, so daß bei Konvaleszenz der nichtigen Ehe auch das gemeinschaftliche Testament konvaleszziert.

Für den im § 2077 nicht vorgesehenen Fall, daß nicht der klagende, sondern der verklagte Ehegatte vor Durchführung der Scheidungsklage stirbt, ist gegen Planck Unwirksamkeit des Testaments nicht anzunehmen, und zwar deshalb, weil sich sonst auch die gesetzlichen Erben des verklagten Ehegatten auf die Nichtigkeit des Testaments berufen könnten und der klagende Ehegatte somit durch Anstrengung der an sich berechtigten Scheidungsklage möglicherweise Nachteile erleiden könnte.

§ 2269. 1. **RG. 59** 84: Erst dann, wenn der wirkliche Wille der Erblasser unter Anwendung des § 133 und der sonstigen Auslegungsregeln des BGB. nicht festgestellt werden kann, wird die besondere Auslegungsvorschrift des § 2269 anzuwenden sein; denn sie bestimmt, daß nur im Zweifel die gesetzliche Vermutung, daß bei gemeinschaftlichen Testamenten der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt sei, Platz greifen soll. Daß hier nur begründete, auf anderem Wege nicht zu lösende Zweifel gemeint sind, ist selbstverständlich.

2. OLG. **8** 288 (KG).: Der überlebende Ehegatte ist als alleiniger Erbe des Erstverstorbenen über den Nachlaß frei zu verfügen berechtigt, und die gemeinsam berufenen Dritten erlangen den Nachlaß erst beim Tode des Letztlebenden als dessen Erben, und zwar soweit er dann noch vorhanden ist (Planck Anm. 2 zu § 2269).

3. **RG.** JW. **04** 337: Im Falle des § 2269 ist darüber kein Zweifel, daß der überlebende Ehegatte das ererbte sowohl, als das eigene, auch das etwa neuerworbene Vermögen als Einheit besitzt und daß er unter Lebenden hierüber grundsätzlich frei, insbesondere auch frei von den in §§ 2113 Abs. 2, 2136 BGB. dem Vorerben auferlegten Beschränkungen verfügen darf. Wohl aber findet diese Verfügungsfreiheit darin ihre Schranke, daß er im Falle des § 2270 die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments bei seinen Lebzeiten nicht durch fraudulöse Schenkungen vereiteln darf. Das Gesetz hat die Unwirksamkeit solcher Schenkungen ausdrücklich allerdings nur beim Erbvertrag anerkannt (§ 2287 BGB.). Allein erwägt man die überaus enge zwischen dem Erbvertrag und dem korrespektiven Testamente bestehende Verwandtschaft (§§ 2280, 2269 BGB.) sowie die völlige Gleichheit der Rechtslage, die zwischen dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten besteht, der das ihm Zugewendete nicht ausgeschlagen hat, so ist kein Grund erfindlich, der den Gesetzgeber hätte bestimmen können, gerade in der Frage der Schenkungsfreiheit zwischen beiden einen Unterschied zu machen.

4. *Goldmann a. a. O.: Eine Konsequenz dieser Auslegungsvorschrift ist, daß entgegen dem früheren preußischen Rechte der Dritte zu Lebzeiten des überlebenden Gatten über den Nachlaß bei Nichtigkeit gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 nicht verfügen kann (75).

Macht der Dritte beim Tode des erstversterbenden Gatten sein Pflichtteilsrecht geltend, so kann er nicht nach dem Tode des Überlebenden das Testament,

dessen volle Wirksamkeit er verhindert hat, nunmehr zu seinen Gunsten anrufen, den nach dem Testament auf ihn entfallenden Teil des ganzen Vermögens für sich beanspruchen und so möglicherweise einen mit ihm zusammen berufenen Erben (Bruder), der seinen Pflichtteil nicht geltend gemacht hatte, und der, während der andere bereits den Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen erhalten hat, den Rest des gesamten Nachlasses mit dem anderen zu gleichen Teilen teilen müßte, verkürzen. Man wird, auch wenn es im Testament nicht besonders ausgesprochen ist, vielmehr der Auslegung den Vorzug geben müssen, daß jeder der beiden Erblasser seine Verfügung nur gewollt hat, wenn auch die Verfügung des anderen unangetastet bleibt. So auch Obertribunal, dagegen Planck, Wilke, Märcker (76 f.).

Die Auslegungsvorschrift findet auf das sog. Berliner Testament, dessen charakteristisches Merkmal darin besteht, daß es die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten mit Nachfolge der Kinder auf den Überrest anordnet, an sich keine Anwendung; doch ist es zweckmäßig, sie bei Abfassung des Testaments anwendbar zu machen (78 ff.). Vgl. JDR. 2 zu § 2269.

Trifft die Auslegungsvorschrift zu, so ist der überlebende Ehegatte durch Nacherben nicht beschränkt, jedoch wird der im Testament bedachte Dritte gegen fraudulose Verfügungen des Überlebenden durch entsprechende Anwendung des für Vertragserben geltenden § 2287 geschützt; denn nach Annahme der Erbschaft durch den Überlebenden ist die Stellung des Dritten ganz dieselbe wie die des Erblassers zu seinem Vertragserben (81).

5. Wenn Eheleute einander ausschließlich zu Erben einsetzen, und die Kinder nur als Erben des Letztlebenden von ihnen bestimmen, so entsteht der mißliche Zustand, daß ein mit dem Testament unzufriedenes Kind, welches den Pflichtteil verlangt, ihn vom Nachlaß des Erstversterbenden tatsächlich doppelt oder doch annähernd doppelt erhält, nämlich einmal beim Tode des Erstversterbenden von dessen vollem Nachlaß aus, sodann beim Tode des Überlebenden, in dessen Nachlaß zugleich der Nachlaß des Erstverstorbenen mit enthalten ist. Wie diesem Zustande durch testamentarische Vorkehrungen zu begegnen sein möchte, erörtert *Jastrow, DNotV3. 4 424.

6. **RG. 59** 85: Durch die Vorschrift des § 2269 BGB. ist im Falle ihrer Anwendung der nur im Zweifel anzuwendenden Vorschrift des § 28 des Erbschaftssteuergesetzes der Raum für die Anwendbarkeit völlig entzogen, da der § 2269, im Gegensatze zu den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, für gemeinschaftliche Testamente eine Vermutung begründet, die kraft Gesetzes jeden ihr entgegenstehenden Zweifel beseitigt.

§ 2270. 1. **RG. 58** 64 ff.: Im Falle des § 2269 ist darüber kein Zweifel, daß der überlebende Ehegatte das ererbte sowohl, als das eigene, auch das etwa neuerworbene Vermögen als Einheit besitzt, und daß er unter Lebenden hierüber grundsätzlich frei, insbesondere auch frei von den im §§ 2113 Abs. 2, 2136 BGB. dem Vorerben auferlegten Beschränkungen, verfügen darf. Wohl aber findet diese Verfügungsfreiheit darin ihre Schranke, daß er im Falle des § 2270 die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments bei seinen Lebzeiten nicht durch fraudulose Schenkungen vereiteln darf. Das Gesetz hat die Unwirksamkeit solcher Schenkungen ausdrücklich allerdings nur beim Erbvertrage anerkannt (§ 2287 BGB.). Allein erwägt man die überaus enge, zwischen dem Erbvertrag und dem korrespektiven Testamente bestehende Verwandtschaft (§§ 2280, 2269 BGB.), sowie die völlige Gleichheit der Rechtslage, die zwischen dem durch Erbvertrag verbundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten besteht, der das ihm Zugewendete nicht ausgeschlagen hat, so ist kein Grund erfindlich, der den Gesetzgeber hätte bestimmen können, gerade in der Frage der Schenkungs-

freiheit zwischen beiden einen Unterschied zu machen. Die gesetzgeberischen Vorarbeiten bezeugen sogar ausdrücklich das Gegenteil. (Vgl. Prot. der 2. Kommission V 458.)

Entweder beruht es also auf einem bloßen Übersehen, daß § 2287 BGB. nicht, gleich anderen Bestimmungen des Erbvertrags, als entsprechend anwendbar erklärt worden ist auch auf korrespektive Testamente, bezüglich deren das Widerrufsrecht erloschen ist (§ 2271), oder es muß angenommen werden, daß nach der Meinung des Gesetzgebers schon der das Gesetz beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben zu demselben Ergebnis nötigt. Denn steht einmal fest, daß die Verfügungen des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügungen des anderen getroffen sein würden, und hat sich der überlebende Gatte durch Nichtausschlagen der Erbschaft an die Erfüllung der Verfügungen des zuerst Verstorbenen einmal unwiderruflich gebunden, so handelt er arglistig, wenn er den Willen des Verstorbenen durch Schenkungen vereitelt. Und auch der Beschenkte würde dem Vorwurfe der Arglist ausgesetzt sein, wenn er aus dem Vertrauensbruch des überlebenden Teiles bereichert bleiben wollte.

2. *Oswalt, DJZ. **04** 735: Dieser Paragraph erfordert, ebenso wie § 2271, daß von jeder der beiden Verfügungen anzunehmen sei, sie würde ohne die andere nicht getroffen worden sein; „einseitige Korrespektivität" (Cosack, Lehrb. II 643, Planck, Prot. V 500) erfüllt den Tatbestand nicht.

Auch muß der positive Inhalt der einen Verfügung die andere bestimmt haben (was nur zutrifft, wenn jeder Ehegatte die Verfügung des anderen als einen Vorteil empfindet). Es genügt nicht, wenn das Unterlassen einer Verfügung durch den einen Ehegatten den anderen (indem er die Unterlassung als Nachteil empfindet) zu seiner Verfügung bestimmt hat.

3. Abs. 1. *Goldmann a. a. O. 85: Wohl aber wäre eine Anfechtung der durch die Nichtigkeit oder durch den Widerruf einer Verfügung des einen an sich nicht berührten Verfügung des anderen wegen Irrtums gemäß § 2078 Abs. 2 möglich; bei der Unsicherheit dieses Weges ist es jedoch, um in geeigneten Fällen eine korrespektive Wirkung auch bei anderen Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnissen oder Auflagen zu erzielen, empfehlenswert, daß jeder der Ehegatten seine Verfügung ausdrücklich an die Bedingung knüpft, daß sie nur gelten solle, wenn die entsprechende Verfügung des anderen Ehegatten wirksam bleibt.

4. Abs. 2. *Goldmann a. a. O. 86 f.: Die Verfügung zugunsten einer mit dem anderen Ehegatten verwandten Person hat nicht, wie die Denkschrift und mit ihr verschiedene Schriftsteller annehmen, von dem Ehegatten auszugehen, der die Zuwendung an den anderen Ehegatten macht, sondern von dem, der sie erhält, und zwar zugunsten der Verwandten des die Zuwendung machenden Ehegatten; sonst läge keine Korrespektivität vor. Beispiel: Der Ehemann setzt seine Frau zur Erbin ein, und die Ehefrau bestimmt, daß nach ihrem Tode ihr Nachlaß an die Geschwister ihres Mannes fallen soll.

§ 2271. Abs. 2. *Goldmann a. a. O. 91 f.: a) Der Widerruf des überlebenden Teiles nach dem Tode des anderen ist, wenn der Überlebende selbst während der Ausschlagungsfrist, ohne jedoch die Erbschaft des anderen ausgeschlagen zu haben, stirbt, unwirksam; entgegen der Ansicht von Strohal können auch die Erben des überlebenden Teiles durch Ausschlagen der Erbschaft nicht die Wirksamkeit des von dem überlebenden Teile nach dem Tode des erstverstorbenen errichteten und korrespektiven Bestimmungen widersprechenden Testaments herbeiführen; es könnte höchstens infolge der Ausschlagung die gesetzliche Erbfolge eintreten. Vgl. JDR. **2** zu § 2271 Ziff. 2.

b) Ein Ausschluß der Bindung des überlebenden Teiles ist auch für korrespektive Bestimmungen zulässig; eine Bestimmung im gemeinschaftlichen Testamente, daß der überlebende Ehegatte auch nach Annahme der Erbschaft von Todes wegen frei verfügen dürfe, ist unbedenklich.

Über den Fall der Wiederverheiratung s. zu § 2079 Ziff. 2.

§ 2272. *Boschan, Nachlaßsachen II 171: Beide Ehegatten müssen die zur Zurücknahme erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzen. Können sie sich nicht einigen, wer das Testament in Empfang nehmen soll, so muß die Rückgabe unterbleiben.

§ 2273. 1. OLG. **9** 420 (KG.): Bei einem gemeinschaftlichen Testamente ist eine nochmalige Verkündung nach dem Tode des später versterbenden Ehegatten auch dann erforderlich, wenn das Testament schon nach dem Tode des erstverstorbenen Teiles eröffnet und verkündet worden ist, der erste Todesfall und die nach diesem bewirkte Testamentseröffnung aber sich bereits vor dem 1. Januar 1900 zugetragen haben.

2. *Boschan, Nachlaßsachen II 159: Eigenhändige gemeinschaftliche Testamente, welche gemäß § 2273 nur zum Teil verkündet worden sind, dürfen nicht nach der Eröffnung dem überlebenden Ehegatten ausgehändigt werden, sind aber zur besonderen amtlichen Verwahrung nur dann zu bringen, wenn der überlebende Ehegatte dies beantragt, anderenfalls (in Preußen) gemäß § 60 Abs. 2 der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte weiter aufzubewahren.

3. Die Zulässigkeit der Verkündung der ganzen Verfügung von Todes wegen mit Zustimmung des überlebenden Ehegatten wird bejaht von *Boschan, Nachlaßsachen II 152, da der Ausschluß der Verkündung nur im Interesse des Überlebenden angeordnet ist.

Über das Verfahren, welches in Preußen nach der Wiederverschließung eines gemeinschaftlichen Testaments zu beobachten ist, s. Boschan, Nachlaßsachen II 154, woselbst auch näher erörtert ist, wie es zu halten sei, wenn nach der Wiederverschließung die Urschrift des Testaments einzusehen ist.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2274. BayObLG. **5** 347: Die Auslegung des Inhalts eines Erbvertrags, den ein nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorbener Erblasser vor diesem Zeitpunkte geschlossen hat, bestimmt sich nach dem Rechte, das zur Zeit der Schließung des Vertrags gegolten hat.

§ 2276. *Weizsäcker-Lorenz, Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit (2) 112: Die Vorschrift, daß der Erblasser einen Erbvertrag nur persönlich schließen kann (§ 2274), gilt auch dann, wenn der Erbvertrag mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird; der Vertragsgegner, der nicht zugleich auch Erblasser ist, kann sich bei dem Vertragsschlusse vertreten lassen.

§ 2278. 1. KGJ. **28** A 16 (KG.): Enthält ein Erbvertrag nur solche Verfügungen, welche vertragsmäßig nicht getroffen werden können, z. B. die Beschränkung eines Kindes im Pflichtteil und die Bestellung eines Testamentsvollstreckers zur Verwaltung des dem Kinde hinterlassenen Erbteils, so kann, wenn die Formvorschriften für Testamente beobachtet sind, der als solcher ungültige Erbvertrag als Testament aufrechterhalten werden.

2. Hangen, Puchelts Z. **33** 287—298, 309 ff., 435 ff.; DJZ. **02** 363; HessRspr. **5** 56: Ist in einem unter der Herrschaft des code civil errichteten Erbvertrage von dem einen Ehegatten dem anderen nur ein Vermächtnis aus-

gesetzt worden, so kann dieser das Vermächtnis nicht noch neben seinem gesetzlichen Erbteile verlangen. Vgl. zu § 1948.

§ 2291. OLG. 9 408 (KG.): Generalvollmacht des Testamentsvollstreckers zur Vertretung in sämtlichen, ihm als Testamentsvollstrecker obliegenden Angelegenheiten ist unwirksam.

Die Bestellung eines Testamentsvollstreckers beruht auf einem besonderen Vertrauen des Erblassers zu der Person des Vollstreckers. Damit ist nicht unvereinbar, daß der Testamentsvollstrecker sich zur Ausführung einzelner Geschäfte eines Vertreters bedient. Dagegen widerspricht es der höchst persönlichen Natur seiner Rechtsstellung, daß er seine ganze Aufgabe einem Substituten überträgt.

§ 2300. *Boschan, Nachlaßsachen II 171: Die in besondere amtliche Verwahrung genommene Ausfertigung eines notariell beurkundeten Erbvertrags ist den Vertragschließenden auf ihren Antrag zurückzugeben. Hat dagegen das verwahrende Gericht selbst den Erbvertrag beurkundet, so kann die Entnahme aus der Verwahrung nur mit der Wirkung verlangt werden, daß die Urschrift der Vertragsurkunde zu den Erbvertragsakten genommen wird.

§ 2301. RG. JW. **04** 337, R. **04** 285: Die Schenkung unter Lebenden — und insoweit ist ihr durch § 2301 BGB. auch die Schenkung von Todes wegen gleichgestellt — kann vom Schenker immer nur bei seinen Lebzeiten durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen werden. Die Vollziehung kann demnach nicht durch die bei Leibzeiten erteilte Ermächtigung ersetzt werden, die Sache nach dem Tode des Schenkers von Dritten in Empfang zu nehmen. Die Sache gehört vielmehr zum Nachlaßvermögen, und die Verfügungen Dritter hierüber können dem Rechte der Erben nicht abträglich werden.

§ 2302. 1. Habicht (3) 168, Planck, Niedner zu Art. 170: § 2302 hat einen prohibierenden reformatorischen Charakter. Bereits in der ersten Kommission wurde er unter denjenigen Vorschriften genannt, welche kraft dieses Charakters entgegen dem sonst für das Obligationenrecht maßgebenden Grundsatz (Art. 170 EG.) auch auf bestehende Schuldverhältnisse anzuwenden wären.

2. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 2 f.: a) Die Bestimmung hat rückwirkende Kraft auch für vor dem 1. 1. 00 errichtete Verträge. b) Die in dem Vertrage für die versprochene Erbeinsetzung übernommene Gegenleistung (Unterhalt des Erblassers bis zu seinem Lebensende) kann nach § 812 Abs. 1 Satz 2 (§ 818 Abs. 2) kondiziert werden.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Literatur: Langheineken, Das Pflichtteilsrecht entfernterer Abkömmlinge und deren Eltern. SächsA. **14** 319 ff., 417 ff. — Reier, Das Pflichtteilsrecht der Enkel nach dem BGB. Eine Studie. — Rieth, Skizzen und praktische Fälle (1901).

§ 2303. 1. Abs. 1. a) BayObLG., R. **04** 387: Die Erbeinsetzung der Abkömmlinge als Noterben in einem vom Vater vor dem 1. 1. 00 errichteten Testamente wird mit diesem Zeitpunkt auch dann nicht hinfällig, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser, falls er das Testament unter der Herrschaft des BGB. errichtet hätte, die Abkömmlinge nicht als Erben eingesetzt haben würde.

b) *Muck, DNotV3. **04** 226: Um die Vereitelung des Willens der gegenseitig sich als Alleinerben einsetzenden Eltern durch die pflichtteilsberechtigten Kinder zu verhindern, dürfte es angezeigt sein, zu bestimmen:

α. daß sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, und daß nach dem Tode des Zuletztversterbenden der beiderseitige Nachlaß, jedoch nur dasjenige, was alsdann noch übrig ist, an die gemeinschaftlichen Kinder fallen soll;

β. daß dasjenige Kind, das nach dem Tode des zuerstversterbenden Elternteils den Pflichtteil verlangt, von jeder Erbfolge ausgeschlossen sein soll und daß der diesem Kinde beim Tode des zuerstversterbenden Elternteils ausbezahlte Pflichtteil von seinem Pflichtteil aus dem beim Tode des zuletztversterbenden Elternteils vorhandene Vermögen abgezogen werden muß. Mit Rücksicht auf § 2269 BGB. empfiehlt es sich zu verfügen: „Sollte ein Kind mit Hinterlassung von ehelichen Nachkommen vor uns sterben, so sollen diese an die Stelle des Kindes bezüglich der letztwilligen Verfügung treten."

Denn, wenn ein Kind nach dem Tode des zuerstversterbenden Elternteils mit Hinterlassung von ehelichen Nachkommen stirbt, so kann dieses Kind, da es nur als Erbe des zuletztversterbenden Elternteils bezügl. des ganzen beiderseitigen Nachlasses der Eltern zu gelten hat, und von dem erstverstorbenen Elternteil nichts geerbt hat, auch kein Erbrecht gemäß § 2069 BGB. auf seine Nachkommen übertragen.

c) *Reier a. a. O. 16ff., begründet eingehend, daß den Enkeln ein Pflichtteilsforderungsrecht seinem Grunde nach zusteht, und führt dann aus: Hinsichtlich der Höhe dieses Rechtes ist vor allem zu berücksichtigen, daß die Enkel aus eigenem Rechte Pflichtteil nehmen. Durch die bloße Tatsache ihrer Blutsverwandtschaft mit dem Großvater haben sie eine Anwartschaft wie auf ein eventuelles gesetzliches Erbrecht so auf den Wert des Pflichtteils, ein schon bei Lebzeiten des Großvaters existierendes „latentes Recht", das freilich erst mit dem Erbfalle und der ungebührlichen Verletzung des gesetzlichen Erbrechts des Anwärters zum „gegenwärtigen Rechte" wird. Die Enkel treten zwar „an die Stelle" des Sohnes, insoweit ihnen ein Pflichtteilsforderungsrecht zusteht, aber nicht jure repraesentationis, vielmehr wird durch den Wegfall der Hindernisse aus der Person ihres Parens Raum geschaffen für die volle Entfaltung ihres eigenen Pflichtteilsforderungsrechts, ihr Recht ist unabhängig von dem irgend eines anderen Berechtigten. Hieraus folgt aber ein Doppeltes:

α. Der Pflichtteil der Enkel kürzt sich um alle anzurechnenden Zuwendungen, die sie selbst aus dem Vermögen des Erblassers erhalten haben, seien dies nun ein Erbteil gemäß § 2305 oder angenommene Vermächtnisse oder nicht vollzogene Schenkungen von Todes wegen oder bedingte anderweite Zuwendungen von Todes wegen oder endlich anrechnungspflichtige Zuwendungen bei Lebzeiten des Erblassers.

β. Andererseits können Zuwendungen des Erblassers an den Sohn, wäre auch dieser für sich hierfür anrechnungspflichtig, grundsätzlich das Pflichtteilsforderungsrecht der Enkel nicht vermindern. Dies würde nun öfters die Gefahr einer Verdoppelung der Pflichtteilslast heraufbeschwören. Deswegen hat der Gesetzgeber durch mehrfache positive Anordnungen für diese Fälle eine Kürzung des Pflichtteilsforderungsrechts der Enkel ausdrücklich vorgeschrieben. Soweit diese Bestimmungen reichen, haben sich die Enkel selbst dann das dem Sohne Zufallende anzurechnen, wenn sie nichts hiervon erhalten, und auch in dem Falle, wo sie an sich die einzigen gesetzlichen Erben waren. Solche Anordnungen trifft nun der § 2315 Abs. 3 und § 2309 BGB.

d) *Mangler, SächsA. **14** 684 ff.: Pflichtteilsberechtigte aus zweiter Ehe werden beim Vorliegen eines korrespektiven gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten erster Ehe häufig besser tun, den Pflichtteilsanspruch zu wählen, als das Testament nach § 2079 anzufechten. Vgl. zu § 2079 Ziff. 2.

e) *Natter, WürttZ. **46** 39: Soweit statutarische Nutznießung des überlebenden Ehegatten nach Art. 262 WürttAGBGB. fortbesteht, bleibt der Pflichtteil der sog. Hinterfallserben nach wie vor der statutarischen Nutznießung unter=

worfen ➺ und zwar gleichgültig, ob er in Form der Erbeinsetzung oder in Form des Forderungsrechts erworben wird ⟵.

§ 2306. RG. 59 341 ff., JW. 05 146, vgl. OLG. 9 424 (Zweibrücken), (abweichend OLG. 5 359, DJZ. 03 364): Dem Nacherben fällt nach § 2139 BGB. die Erbschaft erst an, wenn der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein, und der Vorerbe hört auf, Erbe zu sein, wenn der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Die Kenntnis von dem Anfalle der Erbschaft an den Nacherben kann natürlich nicht früher entstehen, als die Tatsache des Erbanfalls selbst. Mithin kann für den Nacherben die Ausschlagungsfrist nicht früher beginnen, als der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. An dieser Fristberechnung wird dadurch nichts geändert, daß der § 2142 Abs. 1 BGB. dem Nacherben das Recht einräumt, die Erbschaft auszuschlagen, sobald der Erbfall, d. h. der Anfall der Erbschaft an den Vorerben, eingetreten ist. Während es in seinem, des Nacherben, Belieben steht, von diesem Rechte Gebrauch zu machen, ist er gezwungen, die Ausschlagungsfrist zu wahren, widrigenfalls er die aus der Fristversäumung sich ergebenden Nachteile auf sich nehmen muß. Nach diesen allgemeinen Vorschriften beginnt also für den als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten die Ausschlagungsfrist frühestens mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Demgegenüber bezweckt die Bestimmung im § 2306, daß die Frist erst mit Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung beginnen soll, nicht eine Schmälerung, sondern eine Erweiterung der Rechte des Nacherben. Für den Nacherben bleibt es bei der Regel, daß die Frist mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem er von dem Anfalle der Erbschaft an ihn Kenntnis erlangt. Dies kann, wie gesagt, erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge geschehen. Fällt aber die Erlangung der Kenntnis von der Beschränkung der Erbeinsetzung in einen späteren Zeitpunkt, als die Erlangung der Kenntnis von dem Erbschaftsanfalle, so beginnt ausnahmsweise die Ausschlagungsfrist erst in dem späteren Zeitpunkte. Der Nacherbe erfährt also, ebenso wie der Erbe, gegenüber den allgemeinen Vorschriften über die Ausschlagungsfrist eine Besserung seiner rechtlichen Stellung hinsichtlich des Beginnes der Ausschlagungsfrist. — Eine Nötigung des pflichtteilsberechtigten Nacherben, sich über die Ausschlagung der Nacherbschaft früher, als dies nach den allgemeinen Bestimmungen erforderlich, schlüssig zu machen, würde dahin führen, daß der pflichtteilsberechtigte Nacherbe ungünstiger gestellt wäre, als der nicht pflichtteilsberechtigte Nacherbe, was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Allerdings erheischt die Rücksicht auf den Vorerben, daß die Frage, ob der Nacherbe den Pflichtteilsanspruch erheben werde, nicht zulange in der Schwebe bleibe; allein dieser Rücksicht tragen die Vorschriften über die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs Rechnung, insbesondere die Bestimmung im § 2332 Abs. 3 BGB., wonach die Verjährung nicht dadurch gehemmt wird, daß der Pflichtteilsanspruch erst nach der Ausschlagung der Erbschaft geltend gemacht werden kann. — Endlich spricht auch, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, die Entstehungsgeschichte des § 2306 BGB. für die dargelegte Auffassung. (Wird näher dargelegt in dem Prot. d. 2. Lesung V 514—516).

§ 2309. 1. *Reier a. a. O. 23 ff.: Der Paragraph enthält nichts anderes als eine einschränkende Bestimmung gegenüber den §§ 2303, 2305, 2306: Ein Pflichtteilsforderungsrecht der Enkel kann nur dann zur Entstehung gelangen, wenn die Voraussetzungen eines jener drei Paragraphen gegeben sind; es existiert jedoch trotzdem nicht, insoweit § 2309 es ausschließt. — „Insoweit" bedeutet lediglich eine Subtraktion des vom Sohne angenommenen von dem rechnungsmäßigen Pflichtteile des Enkels. Hierbei ist § 2306 bei der Berechnung analog anzuwenden. — Unter „gesetzlicher Erbfolge" ist diejenige

in ihrer normalen Gestaltung zu verstehen ohne Rücksicht auf ausnahmsweise subjektive Modifikationen.

2. *Langheineken, SächsA. **14** 319 ff.: § 2309 enthält unausgesprochenerweise eine Abweichung von der Regel des § 2310. Er kommt zu folgenden Ergebnissen:

a) Der Erbteil, der für die Berechnung des Pflichtteils entfernterer Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers maßgebend ist, wird in der Weise festgestellt, daß der diesen Personen in der verwandtschaftlichen Ordnung vorgehende Abkömmling unter allen Umständen nicht mitgezählt wird, gleichviel ob er Erbe geworden ist oder nicht. Bezüglich der Mitzählung der übrigen gesetzlichen Erben bewendet es bei der Vorschrift des § 2310.

b) Unter einem Abkömmlinge, der die entfernteren Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers „im Falle der gesetzlichen Erbfolge" ausschließen würde, ist im § 2309 zu verstehen ein Abkömmling, der diese Verwandten im Falle der weder durch Ausschließung noch durch Ausschlagung alterierten (der reinen gesetzlichen) Erbfolge ausschließen würde.

Demnach ist von dem zunächst gemäß der These Nr. 1 ermittelten Pflichtteil der entfernteren Verwandten nur das in Abzug zu bringen, was ein vorgehender Abkömmling, der nicht auf sein gesetzliches Erbteil verzichtet hatte, als Pflichtteil verlangen kann oder als ihm letztwillig hinterlassen wirksam angenommen hat.

c) Ergibt sich bei dieser Rechnung, daß kein positiver Rest übrig bleibt und daher die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern des Erblassers überhaupt „nicht pflichtteilsberechtigt" sind, so bedeutet das nicht nur einen Ausschluß des Pflichtteilsanspruchs, sondern einen Ausschluß jeder Pflichtteilsberechtigung dieser Verwandten.

d) Die gemäß § 2309 vorgenommene Herabsetzung des Pflichtteils läßt unter normalen Verhältnissen, d. h. wenn weder ein Pflichtteilsverzicht noch eine Pflichtteilsentziehung in Betracht kommt, eine Pflichtteilsberechtigung für die entfernteren Abkömmlinge oder für die Eltern des Erblassers nur dann bestehen, wenn ein Abkömmling, der diese Personen im Falle der reinen gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, mit einem Erbteile bedacht worden ist und dieses ausgeschlagen hat, jedoch noch mit Ausnahme des Falles, daß der hinterlassene und ausgeschlagene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils dieses nächststehenden Abkömmlings übersteigt und mit einer Beschränkung oder Beschwerung der im § 2306 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Art behaftet ist.

e) Hat ein nächster Abkömmling auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet oder ist ihm durch den Erblasser der Pflichtteil wirksam entzogen worden und kommt daher bei der im § 2309 vorgeschriebenen Minderung nur das in Abzug, was diesem Abkömmling hinterlassen und von ihm angenommen worden ist, so muß diese Zuwendung mit ihrem vollen, nominellen Betrage, also ohne Rücksicht auf eine etwaige Beschränkung oder Beschwerung, als Subtrahendus in Ansatz gebracht werden.

f) Der Pflichtteil, den der nächste Abkömmling „verlangen" kann und ebenso das diesem Hinterlassene ist zu bestimmen unabhängig von einer dem Pflichtteilsanspruch oder dem Anspruch auf das Hinterlassene entgegenstehenden peremptorischen Einrede und unabhängig von einer anrechnungspflichtigen Zuwendung an diesen Abkömmling, aber unter Berücksichtigung des Einflusses der erbrechtlichen Ausgleichung.

§ 2311. 1. *Goldmann, Gruchots Beitr. **48** 81 ff.: Ist ein Kind in einem gemeinschaftlichen Testamente, nach dem der überlebende Ehegatte gemäß § 2269 Abs. 1 Alleinerbe geworden ist, von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann

es zunächst aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen den Pflichtteil fordern, nach dem Tode des überlebenden Ehegatten kann es alsdann seinen Pflichtteil aus dem ganzen Vermögen des Überlebenden, einschließlich des von dem erstverstorbenen Ehegatten ererbten fordern, so daß es aus dem vom erstverstorbenen Ehegatten herrührenden Vermögen zweimal den Pflichtteil erhält, während z. B. Märcker annimmt, daß in diesem Falle der Pflichtteil nicht als Bruchteil „des Gesamtnachlasses", sondern als Bruchteil „des Vermögens des überlebenden Ehegatten" zu berechnen ist.

2. OLG. **9** 438 (KG.): Dem Erbschein ist auch im Falle des § 2106 der hier vorgeschriebene Inhalt zu geben. Denn hinsichtlich der Angabe im Erbschein unterliegt der durch das Gesetz im § 2106 bestimmte Zeitpunkt keiner anderen Behandlung, als wenn er durch den Erbschein selbst bestimmt wird.

§ 2314. KGJ. **27** A 50, OLG. **8** 291, RJA. **4** 92 (KG.): Der Pflichtteilsberechtigte, der nicht Erbe ist, kann nur von dem Erben, nötigenfalls im Klagewege, verlangen, daß er die amtliche Aufnahme des Nachlaßverzeichnisses veranlasse; nicht aber kann er selbst ohne Zuziehung des Erben bei dem Nachlaßgerichte die Aufnahme des Verzeichnisses beantragen.

§ 2315. 1. **RG. 58** 57 ff.: Zur Feststellung der nicht ziffernmäßig bestimmten Forderung eines Pflichtteilsberechtigten bedarf es auch der Entscheidung über die Anrechnung von Zuwendungen und über die Aufrechnung von Gegenforderungen. — Der Beklagte hatte geltend gemacht, der Kläger habe sich Zuwendungen der Erblasserin auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, auch habe er, Beklagter, Forderungen an den Kläger, diese Forderungen bringe er zur Aufrechnung. Auf diese Einwände mußte das Berufungsgericht eingehen, bevor es feststellen konnte, daß der Kläger $^3/_8$ des Wertes des Nachlasses von dem Beklagten zu fordern habe. Daß dem Kläger diese Forderung zusteht, ist noch nicht gewiß. Wenn die Behauptungen des Beklagten begründet sind, hat der Kläger nicht $^3/_8$ des Wertes des Nachlasses zu fordern, ist vielmehr möglicherweise mit der ganzen Forderung abzuweisen. (Vgl. in gleichem Sinne **RG. 52** 28, JW. **03** 6 Nr. 11.)

2. OLG. **9** 428 (Königsberg): Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß der Gesetzgeber irgendwelche Vermutung für den Willen des Erblassers, unter Lebenden an den Pflichtteilsberechtigten gemachte Zuwendungen auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, nicht gelten läßt, sondern für die behauptete Willensrichtung des Erblassers vollen Beweis erfordert. Die Bestimmung des Erblassers braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, es kann vielmehr Sinn und Zusammenhang der letztwilligen Verfügung auf die Anrechnung einer unter Lebenden an den Pflichtteilsberechtigten gemachten Zuwendung auf den Pflichtteil hinweisen.

3. Rieth a. a. O. § 2056: a) Dieser Paragraph findet Anwendung nicht bloß bei Feststellung der Ansprüche der gesetzlichen Erben auf ihr gewöhnliches Erbvermögen, sondern auch dann, wenn die Ansprüche derjenigen Abkömmlinge festgestellt werden sollen, welche bloß auf den Pflichtteil beschränkt sind. Die Ansprüche dieser Pflichtteilsberechtigten gelten erst dann als definitiv festgestellt, wenn aus der Pflichtteilsmasse erhellt, daß nach der Abgleichung der Ansprüche sämtlicher Beteiligten mit den respektiven Vorempfängen kein Vorempfang mehr übrig bleibt, welcher sich höher stellt als der diesbezügliche Anspruch des betreffenden Konferendenpflichtigen.

b) In der Pflichtteilsmasse sind sämtliche Vorempfänge der Abkömmlinge nur im Hinblick auf den Rechtsstandpunkt des auf den Pflichtteil beschränkten Abkömmlinges zu behandeln; für seinen Vorempfang ist nicht § 2050, sondern § 2315 maßgebend, und für den gemäß § 2050 von der Ausgleichung befreiten

Vorempfang eines gesetzlichen Erben ist im Interesse des bloß pflichtteilsberechtigten Abkömmlinges die Ausnahmebestimmung des § 2316 Abs. 3 maßgebend.

Auf Grund dieser Rücksichtnahme auf den Rechtsstandpunkt der in concreto bloß Pflichtteilsberechtigten können auch die aus der Pflichtteilsmasse resultierenden Pflichtteile nur für sie allein gelten, während die für die gesetzlichen Erben kalkulierten Pflichtteile sich bloß als Fiktivansprüche darstellen — berechnet zu dem Zwecke, um den Geldanspruch der in concreto Pflichtteilsberechtigten definitiv feststellen zu können. Wenn daher aus irgendeinem Grunde es nötig erscheint, den Pflichtteil der gesetzlichen Erben zu eruieren, z. B. im Hinblick auf § 2305 BGB. oder mit Rücksicht auf die im § 2328 statuierte Ergänzungspflicht des Erben, so berechnet sich in solchen Fällen der Pflichtteil des gesetzlichen Erben nur aus dessen Erbquote an der Masse des gewöhnlichen Erbvermögens, also zur Hälfte des gesetzlichen Erbvermögens.

Diesen Normen entsprechende bezügliche Beispiele s. a. a. O. bei Rieth (§§ 2325 ff.).

§§ 2315 ff. *Tecklenburg, Lebzeitige Zuwendungen 203: Das Prinzip der Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen beim Pflichtteil muß sein, dasselbe Resultat herzustellen, als ob die Freigebigkeiten, an Fremde wie an Pflichtteilsberechtigte, nicht geschehen wären und um ihren Betrag sich der Nachlaß höher beliefe. Dieses Prinzip verlangt, daß an die Spitze der Satz hätte gestellt werden müssen: alle Zuwendungen sind bei Bemessung des Pflichtteils zu berücksichtigen; den einem Bedachten gegenüberstehenden Pflichtteilsberechtigten werden sie rechnungsmäßig zu gute, dem selbst bedachten Pflichtteilsberechtigten wird die eigene Zuwendung in Abzug gebracht. Für die letztere Wirkung wäre richtigerweise überhaupt keine zeitliche Befristung zu setzen, so daß es einer Verordnung der Anrechnung (§ 2315) nicht bedurfte. Für die begünstigende Wirkung hingegen ist eine Befristung, wie die des § 2325 II, angemessen. Von dieser Befristung wären auszunehmen Aussteuer, Ausstattung und Erbabfindung. Für die Unterscheidung eines ordentlichen Pflichtteils und eines Ergänzungsanspruchs wäre kein Raum gewesen. Durch die unsystematische Aufstellung von Normen sind schwer zu entwirrende Verwickelungen entstanden (a. a. O. 162—175, 192—202).

§ 2316. 1. **RG.** R. **04** 284: Die zum Ausgleiche zu bringenden Zuwendungen werden nicht auf den Pflichtteil angerechnet. Zuwendungen, die unter der Bestimmung erfolgt sind, daß sie auf den Erbteil anzurechnen sind, sind nicht auch auf den Pflichtteil anzurechnen. Dies gilt auch bei Zuwendungen vor dem 1. 1. 00.

2. a) *Tecklenburg, Lebzeitige Zuwendungen 136, 154—161: Abs. 1 stellt ein besonderes Rechnungsverfahren auf, welches weder Ausgleichung noch Pflichtteilsanrechnung ist. Der Fehler liegt darin, daß an dem Erbteil die Ausgleichung so vorgenommen wird, als ob der Pflichtteilsberechtigte den Erbteil zu erhalten hätte. Der Erbteil ist aber für den Pflichtteilsberechtigten nur eine imaginäre Größe, denn er erhält ihn ja nicht! Mithin kommt für die Pflichtteilsberechtigten die am Erbteile vollzogene Ausgleichung nur insoweit in Betracht, als sie auf die Bemessung der Pflichtteile einwirkt. Durch die nach § 2316 [1] vollzogene Halbierung des unter Berücksichtigung der Ausgleichungsfrist berechneten Erbteils sind aber die sämtlichen Ausgleichungswirkungen auf die Hälfte reduziert und vermögen keine Gleichstellung hervorzubringen. Auch keine Anrechnung auf den Pflichtteil kommt zustande, weil die eigene Zuwendung nur in ihrem halben Betrage zum Abzuge gelangt.

b) *Tecklenburg a. a. O. 127, 162—167: Im Falle des Abs. 4 darf bei Konkurrenz eines Gatten nicht der durch Abs. 1 begangene Fehler außer acht gelassen und eine innerlich völlig gerechtfertigte Rechnung als dem Gesetz ent-

sprechend ausgegeben werden (Strohal). Umgekehrt darf aber auch der Fehler des Abs. 1, soweit er durch die gleichzeitige Anrechnungspflichtigkeit der Zuwendung beschränkt erscheint, nicht beibehalten werden (Cosack, Planck). Richtig ist Mattiaß' Rechnung.

§ 2325. 1. **RG. 58** 124 ff.: Der § 2325 BGB. gewährt nicht bloß einem durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten (§ 2303 BGB.), sondern auch demjenigen Pflichtteilsberechtigten, welcher Intestaterbe ist, den Anspruch auf den außerordentlichen Pflichtteil. Es können also die Kläger, als pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge des G. L., der nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorben ist, im Hinblick auf Art. 213 EGBGB. nach § 2325 BGB., wenn dessen Bedingungen im übrigen vorliegen, die Ergänzung des Pflichtteils verlangen, und sie sind hieran auch nicht dadurch gehindert, daß die behauptete Schenkung bereits im Jahre 1897, also unter der Herrschaft des PrALR. stattgefunden hat. (Vgl. **RG. 54** 241.) Lediglich die Art und der Umfang des Anspruchs, nicht aber dessen Grund erleidet bei seiner Zurückführung auf den § 2329 unter Umständen eine Änderung, weil er zwar nach wie vor Ergänzungsanspruch im Sinne des § 2325 bleibt, aber mit dem wichtigen Unterschied, daß die Haftung des verklagten Schenknehmers sich ausschließlich auf das Geschenk erstreckt, und auch auf dieses nur insoweit, als er bei Zugrundelung der über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gegebenen Vorschriften (§§ 818 ff. BGB.) dadurch noch bereichert ist.

Die Beklagte, gegen welche sie ihren Anspruch richten, kommt hierbei einerseits als gesetzliche Erbin und andererseits zugleich als Beschenkte in Betracht. Das frühere gemeine, das preußische und das sächsische Recht gaben dem Pflichtteilsberechtigten ein Anfechtungs- oder Widerrufsrecht gegen den Beschenkten; das BGB. ist jedoch dem französischen Rechte gefolgt, indem es dem Pflichtteilsberechtigten wegen der Schenkung des Erblassers einen Anspruch zunächst gegen den Erben gewährt, als gegen denjenigen, welcher für die Entrichtung des Pflichtteils überhaupt haftbar ist. Soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, kann nach § 2329 der Pflichtteilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, falls der Beschenkte in diesem Falle nicht vorzieht, die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abzuwenden (Abs. 2 a. a. O.). Nicht verpflichtet zur Ergänzung des Pflichtteils ist der Erbe, wenn er nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 1975 ff., 1990, 1991) für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt haftet, und der Nachlaß zur Entrichtung der Pflichtteilsergänzung nicht ausreicht (vgl. auch § 226 Abs. 2 KO.). Eine Beschränkung in der Verpflichtung des Erben zur Ergänzung des Pflichtteils tritt nach § 2328 BGB. ferner ein, wenn er selbst pflichtteilsberechtigt ist, indem er alsdann diese Ergänzung soweit verringern kann, daß ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde.

2. OLG. **9** 429 (Naumburg): Der außerordentliche Pflichtteil setzt nicht voraus, daß der Erblasser letztwillig verfügt hat.

Der Unterschied zwischen dem Anspruch auf den regelmäßigen und den außerordentlichen Pflichtteil nach BGB. besteht sonach darin, daß ersterer die Testierfreiheit des Erblassers, letzterer die Verfügungsfreiheit desselben unter Lebenden beschränkt, ersterer sich gegen Zuwendungen durch letztwillige Verfügung, letzterer gegen unentgeltliche Zuwendungen unter Lebenden richtet.

3. OLG. **9** 430 (KG.): Der märkischen Witwe, die die statutarische

Portion wählt, steht der Anspruch aus §§ 2325 ff. auch dann nicht zu, wenn der Mann nach dem 1. 1. 00 starb.

4. *Reier, Das Pflichtteilsrecht der Enkel 67: In den §§ 2079, 2080 Abs. 3 gibt das BGB. gewissen übergangenen „Pflichtteilsberechtigten" ein Recht, die ganze Verfügung von Todes wegen anzufechten und ihren vollen gesetzlichen Erbteil zu verlangen, und in den §§ 2325—2330 billigt es dem „Pflichtteilsberechtigten", falls der Erblasser bei Lebzeiten gewisse Schenkungen gemacht hat, das Recht zu, in erster Linie vom Erben eine gewisse Summe „als Ergänzung des Pflichtteils" zu fordern, eventuell die Schenkung dem Beschenkten selbst gegenüber in gewisser Höhe anzufechten.

Von diesen beiden Befugnissen hat die erste keineswegs dieselben Voraussetzungen wie das Pflichtteilsforderungsrecht, denn ihre ratio ist eine von der des letzteren ganz verschiedene. Hat der Sohn z. B. mit dem Erblasser einen persönlichen absoluten Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag geschlossen, der Erblasser ihm dennoch ein Vermächtnis in voller Höhe seines Pflichtteils hinterlassen und er dies angenommen, so können jedenfalls die übergangenen Enkel wegen § 2309 nicht pflichtteilforderungsberechtigt sein. Dennoch wird man — falls der Großvater ihr Dasein gekannt hat — im Zweifel ihnen das Anfechtungsrecht aus §§ 2079 f. geben müssen, denn die Vermutung, der Erblasser hätte sie bei Kenntnis ihres Daseins nicht übergangen, wird doch gleichwohl in der Regel aufrechterhalten werden müssen.

Und ferner bestimmt hinsichtlich des Ergänzungsrechts § 2326 ausdrücklich, daß dies dem „Pflichtteilsberechtigten" auch dann zustehen soll, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinterlassen ist, ihm somit ein Pflichtteilsforderungsrecht nicht zusteht. Hierdurch scheint auch das Recht auf die (fingierte) „Ergänzung" auf eine selbständige, vom Pflichtteilsforderungsrechte unabhängige Grundlage gestellt zu sein.

§ 2327. S. § 2315.

*Tecklenburg, Lebz. Zuwendungen 193: Im Falle des Abs. 1 Satz 2 ist die Zuwendung in erster Linie auf die Ergänzung anzurechnen.

§ 2329. RG. JW. **04** 362, R. **04** 450: Nicht verpflichtet zur Ergänzung des Pflichtteils ist der Erbe, wenn er nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 1975 f., 1990, 1991) für die Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt haftet und der Nachlaß zur Entrichtung der Pflichtteilsergänzung nicht ausreicht. Der § 2329 greift auch Platz, wenn die in Rede stehende Schenkung, deren Tatbestand im übrigen den begrifflichen Merkmalen einer Schenkung des neuen Rechtes entsprechen muß, schon vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat.

§ 2333. Nr. 5. *Prätorius, Homosexualität und BGB., 2. Abschn., vgl. oben § 827 BGB.: Ein ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel ist noch nicht in vereinzelten homosexuellen Handlungen zu erblicken, auch nicht im Falle einer Verfolgung oder Verurteilung aus § 175 StGB.; denn der gleichgeschlechtliche Verkehr des Homosexuellen ist nicht anders zu beurteilen, als der außereheliche Geschlechtsverkehr des Heterosexuellen mit dem Weibe.

Bei homosexuellem Verkehr ist daher eine auf ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel gestützte Entziehung des Pflichtteils nur unter denselben erschwerenden Umständen statthaft, unter denen die Entziehung wegen heterosexuellen Verkehrs zulässig wäre.

§ 2336. Abs. 2. OLG. 8 292 (KG.): Es erscheint zur Erfüllung der Voraussetzung des § 2336 ² nicht als erforderlich, daß die Tatbestandsmerkmale des § 1568 im Testament einzeln aufgeführt werden, vielmehr muß genügen, wenn, wie hier, deutlich erkennbar gemacht wird, daß die Erblasserin einen Scheidungsgrund gemäß § 1568 als gegeben ansieht, und wenn die Ver-

fehlungen, aus denen sie den Scheidungsgrund herleitet, mit hinreichender Bestimmtheit gekennzeichnet werden.

§§ 2337, 2343. Über die Bedingbarkeit der Verzeihung vgl. Bruck zu § 1570 BGB.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Literatur: Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reichs. (Abhandl. zum Privatr. und Zivilpr., 11. Bd. 2. H. Jena 04.) — Hellwig, Darf der Schuldner die Vorlage eines Erbscheins verlangen? SeuffBl. **04** 473 ff. — Lederle, Über Rechtsfolgen der Übertragung eines Erbanteils. BadRpr. **04** 227 ff. — Münchmeyer, Der deutsche Erbnachweis. (Hannover 04.) — de Witt, Sind die vor dem Erbfalle weggefallenen Personen anzugeben und ist der Wegfall nachzuweisen? DNotVZ. **04** 482 ff.

§ 2353. 1. OLG. **8** 263 (KG.): Der Erbschein darf nur erteilt werden, wenn das Gericht die Überzeugung erlangt hat, daß das zu bescheinigende Erbrecht besteht. Bei Prüfung der Frage, wer als Erbe anzusehen ist, darf das Nachlaßgericht Tatsachen, die bei ihm offenkundig sind, nicht außer acht lassen (arg. § 2358 [1], vgl. KGJ. **23** A 66). Daß eine dem Nachlaßgerichte gemäß § 1945 in öffentlich beglaubigter Form erklärte Ausschlagung als eine bei dem Nachlaßgerichte offenkundige Tatsache zu betrachten ist, kann nicht bezweifelt werden (vgl. Mot. V 561). Wird die Ausschlagung angefochten, so hat das Nachlaßgericht nicht bloß zu prüfen, ob die Anfechtung in der gesetzlichen Form und Frist erfolgt ist (§§ 1954 ff.), sondern auch, ob die Ausschlagung überhaupt anfechtbar ist, ob ein gesetzlicher Anfechtungsgrund vorliegt; denn nur in diesem Falle ist die Ausschlagung als von Anfang an nichtig und die Anfechtung als Annahme der Erbschaft anzusehen (§§ 142, 1957).

2. Strohal, Erbrecht II 133 Anm. 1c.: Selbstverständlich ist auch der Erbeserbe antragsberechtigt. Er wird sich aber hierbei darüber, daß er den Erben beerbt hat, regelmäßig durch einen diese Erbfolge bezeugenden Erbschein auszuweisen haben. Fraglich bleibt, ob der auf die Beerbung des ursprünglichen Erblassers sich beziehende Erbschein unmittelbar den Erbeserben als Erben oder nur unter Verweisung auf den in dieser Beziehung maßgebenden Erbschein als Rechtsnachfolger des zunächst anzugebenden wirklichen Erben zu bezeichnen hat. Bei jenem Verfahren wird, indem zwei scharf auseinanderzuhaltende Sukzessionen willkürlich zusammengezogen werden, die wirkliche Rechtslage verdunkelt. Es dürfte deshalb das zweite Verfahren einzuschlagen sein. So wohl auch Planck-Ritgen, Erl. 5 zu § 2353.

3. Strohal, Erbrecht II 135: Mit Rücksicht auf die §§ 2203, 2204, 2206 Abs. 2, 2210, 2211 (in Verbindung mit § 53 GBO.), 2212, 2217, 2364 Abs. 2 kann dem verwaltenden Testamentsvollstrecker aber auch die Befugnis zum Antrag auf Erteilung eines den Erben desjenigen Erblassers ausweisenden Erbscheins nicht abgesprochen werden, welcher die Testamentsvollstreckung angeordnet hat. Entsprechendes muß aus verwandten Gründen im Falle der Nachlaßverwaltung für das Antragsrecht des Nachlaßverwalters und im Falle des Nachlaßkonkurses für das des Konkursverwalters gelten.

4. *Schmidt, ZBlFrG. **5** 350 ff., unter Ergänzung der Gründe Pfäfflins, ZBlFrG. **2** 513 ff. gegen Brachvogel, R. **04** 6 ff.: Das BGB. schließt die Ausstellung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins aus.

5. BayObLG., R. **04** 577: Das Bayr. Hypothekengesetz verlangt zur Lieferung des Nachweises des Erbrechts einer bestimmten Person nicht einen Erbschein im Sinne des § 2353 BGB., sondern nur ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über den Übergang des Rechtes auf die als Erbe bezeichnete Person.

§ 2354. 1. OLG. **8** 293, KGJ. **27** A 44, RJA. **4** 87, R. **04** 261 (KG.): Wer die Erteilung des Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt, hat auch an-

zugeben, ob und welche Personen, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, bereits vor dem Erblasser gestorben sind.

2. OLG. **9** 432, KGJ. **27** A 48 (KG.): Zur Erwirkung eines Erbscheins nach der Mutter bedarf es nicht des Nachweises ihrer Verheiratung. Denn zum Nachweise des Kindschaftsverhältnisses zwischen Mutter und Sohn würde ein Taufschein des letzteren, bei unter der Herrschaft des Personenstandsgesetzes geborenen Kindern die Geburtsurkunde ausreichen. Die Geburtszeugnisse beweisen ferner, auf welchen Namen das Kind eingetragen ist, den es demnächst auch, vorbehaltlich einer Anfechtung von dritter Seite, zu führen hat. Die Sterbeurkunde beweist den Tod der darin aufgeführten Person. Zum Nachweise jenes Kindschaftsverhältnisses bedarf es daher einer Heiratsurkunde der Eltern nicht.

3. *de Witt, DNotVZ. **04** 345 ff.: Die im Abs. 1 unter Nr. 3 verlangten Angaben sollen dem Nachlaßrichter die Möglichkeit gewähren, zu prüfen und zu ermitteln, ob nicht besser oder gleich- (konkurrierend) berechtigte Personen vorhanden sind.

Natürlich ist nur Erbe, wer beim Tode des Erblassers noch lebte, wer ihn also überlebt hat.

Welche Personen dies sind, soll mit Sicherheit festgestellt werden.

Der Tod eines Menschen wird nicht vermutet.

Steht fest, daß ein Mensch, der den Antragsteller von der Erbfolge ausschließen oder seinen Erbteil mindern würde, natürlich vorausgesetzt, daß er noch lebte, tatsächlich gelebt hat, so ist nachzuweisen, in welcher Weise er weggefallen ist, wenn man auf ihn keine Rücksicht nehmen soll.

Ist er bereits vor dem Erblasser gestorben, so ist dies anzugeben und nachzuweisen.

Ist er dagegen erst nach dem Erblasser gestorben, so ist sein Tod für diesen Erbschein ganz unerheblich und braucht weder angegeben noch nachgewiesen zu werden. Der Betreffende ist vielmehr Erbe oder Miterbe geworden und sodann selbst von anderen Personen beerbt worden.

Was die Unterscheidung zwischen Personen, die noch vorhanden sind, und solchen, die vorhanden waren, betrifft, so sind unter den ersteren solche zu verstehen, die zwar noch leben, aber als Erben in Wegfall kommen, weil sie die Erbschaft ausgeschlagen oder darauf verzichtet haben, oder als erbunwürdig nicht in Betracht kommen; die letzteren dagegen, die vorhanden waren und den Antragsteller von der Erbfolge ausschließen oder seinen Erbteil mindern würden, wenn sie noch vorhanden wären, sind die bereits vor dem Erblasser verstorbenen Personen. Mit der weggefallenen Person in Abs. 2 kann nur jemand gemeint sein, der vor dem Erblasser verstorben ist. Nur eine solche Person würde den Antragsteller von der Erbfolge ausschließen oder seinen Erbteil mindern, wenn sie noch lebte. Wer dagegen erst nach dem Erblasser gestorben ist, der hat ihn beerbt und deshalb in Wirklichkeit den Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert

§ 2355. 1. KGJ. **29** A 71 (KG.): Das Nachlaßgericht kann zwecks Erteilung des Erbscheins die Antretung eines Beweises für die Nichtschwangerschaft der Witwe des Erblassers, insbesondere die Beibringung einer ärztlichen Bescheinigung hierüber nur dann verlangen, wenn besondere Umstände die Vermutung rechtfertigen, daß die Witwe sich in schwangerem Zustande befindet.

2. *Münchmeyer, Der deutsche Erbnachweis: Soweit fremde Rechtssätze dem Gerichte nicht bekannt (offenkundig) sind, bedarf es ihres Nachweises, sie werden daher zu beweisenden Tatsachen und fallen im allgemeinen unter die

Beweispflicht der Rechtsuchenden. Hier unterscheidet das neue Recht zwischen dem Prozeßgericht und dem Gerichte freiwilliger Gerichtsbarkeit.

Beide sind zwar auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt, berechtigt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche nach ihrem Ermessen anzuordnen (§ 293 ZPO., § 12 FGG.), also Auflagen an die Beteiligten zu erlassen oder selbständig Ermittelungen jeglicher Art anzustellen. Dies gilt insbesondere für das Nachlaßgericht bei Erteilung des Erbscheins aus § 2358; denn diese im Bezirk und Staate nicht allgemein geltende Rechtsnorm hat für eine bei Erteilung des Erbscheins bedeutungsvolle Tatsache zu gelten.

Das Gericht freiwilliger Gerichtsbarkeit ist aber auch von Amts wegen zu solcher Fürsorge verpflichtet, § 293 ZPO. gilt für dasselbe nicht. Es kann die Anträge nicht deshalb ablehnen, weil die Parteien ihm den Inhalt eines fremden und ausländischen Rechtssatzes nicht nachgewiesen haben (KG., OLG. **1** 412). Dies muß auch für das im Bezirke geltende statutarische und Gewohnheitsrecht und das im betreffenden Staate nicht allgemein geltende Recht, so z. B. in Preußen für die in anderen Gebieten geltenden Bestimmungen des ALR., gemeinen Rechtes, Code civil, der vielen provinziellen und lokalen Rechte gelten, also vor allem für das Nachlaßgericht bei Erteilung des Erbscheins.

§ 2356. 1. OLG. **8** 295 (KG.): Die eidesstattliche Versicherung des § 2356 [2] ist ins Protokoll selbst aufzunehmen. Notarielle Bekennung zum Inhalt einer Anlage, in welcher die Versicherung abgegeben ist, genügt nicht.

2. KGJ. **28** A 23 (KG.): Die Spezialkommissionen in Preußen sind für die Aufnahme von Erbscheinverhandlungen nicht zuständig.

Unter „Gericht" versteht das BGB. nur die nach dem Gerichtsverfassungsgesetze bestehenden ordentlichen Gerichte. Selbstverständlich ist die Abgabe dieser Erklärung vor der zuständigen Behörde für ihre rechtliche Wirksamkeit unerläßlich, zumal ihr sonst der strafrechtliche Schutz des § 156 StrGB. fehlen würde.

3. *Metzges, DJZ. **04** 1176: Da Voraussetzung für die Beweiskraft öffentlicher Urkunden die Beobachtung der für sie vorgeschriebenen Form ist (§ 415 ZPO), so kann Abstammung (Heirat und Tod), soweit Zivilstandsregister in Frage kommen, gemäß § 15 des Zivilstandsgesetzes nur durch die Standesregister selbst oder durch Auszüge, welche als gleichlautend mit dem Haupt- oder Nebenregister bestätigt sind, nicht aber durch sog. Stammbüchelchen oder standesamtliche „Bescheinigungen" nachgewiesen werden.

§ 2357. 1. OLG. **8** 296, KGJ. **27** A 189, RJA. **4** 89, DNotVZ. **4** 349 (KG.): Wird die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins nicht von sämtlichen Miterben beantragt, so haben die Antragsteller die Erbschaftsannahme der übrigen Erben nicht bloß zu behaupten, sondern auch zu beweisen.

2. OLG. **8** 296 f., SchlHolstAnz. **04** 204 f. (KG.): Wird ein gemeinschaftlicher Erbschein nicht von allen Erben beantragt, so haben die Antragsteller nicht bloß zu behaupten, sondern auch zu beweisen, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Die entgegengesetzte Ansicht von Eichhorn, Gruchots Beitr. **45** 236 und DJZ. **01** 201 ff., Wilke, Anm. 1 zu § 2356, Weißler, Nachlaßverfahren 220, widerspricht dem § 2359 und dem § 2357 Abs. 3 Satz 2.

Vgl. JDR. **1** zu § 2357 Ziff. 5.

§ 2359. 1. OLG. **8** 298 (KG.): Wer einen Erbschein verlangt, muß das Material beibringen, welches das Gericht zur Bildung seiner Überzeugung vom Erbrecht des Antragstellers für erforderlich hält.

2. BayObLG., SeuffBl. **04** 146 ff.: Das Nachlaßgericht hat selbständig zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung des nachgesuchten

Erbscheins bestehen, und darf nicht etwa die Erteilung des Erbscheins ablehnen, weil nach den gepflogenen Erhebungen zweifelhaft sei, ob die maßgebenden Formvorschriften bei Errichtung des Testaments beobachtet worden seien, und deshalb die Entscheidung der Frage zunächst dem Prozeßgerichte zustehe.

Nach § 2353 BGB. hat das Nachlaßgericht dem Erben auf Antrag den Erbschein zu erteilen. Die Erteilung des Erbscheins wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Erbrecht des Antragstellers nicht von allen Beteiligten anerkannt wird; der § 2360 legt, abweichend von dem § 2071 Abs. 2 des Entwurfes I (Mot. V 560, 562), auch der Anhängigkeit eines Rechtsstreits über das Erbrecht nicht die Bedeutung bei, daß die Erteilung des Erbscheins einstweilen auszusetzen ist (Prot. V 680, 681; vgl. OLG. 2 257, 466). Das Nachlaßgericht darf den Erbschein nach § 2359 nur erteilen, wenn es die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen, für deren Ermittelung es erforderlichenfalls nach Maßgabe des § 2358 Sorge zu tragen hat, für festgestellt erachtet; es darf aber die Erteilung des Erbscheins nicht deswegen verweigern, weil ihm die Geltung oder der Inhalt einer in Betracht kommenden Rechtsnorm zweifelhaft erscheint. Der Richter ist auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, er darf hier ebensowenig wie dort die Entscheidung wegen Zweifelhaftigkeit des anzuwendenden Rechtes ablehnen.

3. OLG. 8 297 (KG.): a) Kann der Erbschein nicht so erteilt werden, wie der Erbe das Erbrecht behauptet, so ist der Antrag abzulehnen, nicht etwa ein Erbschein anderen Inhalts zu erteilen. Ebenso BayObLG., ZBlFrG. **4** 349, OLG. **6** 313; vgl. auch Lederle, BadRpr. **04** 227.

b) OLG. **9** 435 (Colmar): Die Erteilung des Erbscheins ist abzulehnen, wenn er nicht nach Inhalt und Tragweite so erteilt werden kann, wie er beantragt ist.

§ 2360. Strohal, Erbrecht II 140 Anm. 22: Auch die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses steht der Erteilung des Erbscheins nicht entgegen.

§§ 2360, 2361. KGJ. 28 A 20 (KG.): Hat das Amtsgericht die Erteilung eines Erbscheins auf Grund eines Testamentes abgelehnt, das Landgericht aber auf Beschwerde zu der Erteilung angewiesen, so steht den gesetzlichen Erben hiergegen die weitere Beschwerde zu.

§ 2361. 1. OLG. **9** 436 (KG.): Auch gegen eine erst die Erteilung eines Erbscheins anordnende Entscheidung des Landgerichts ist Beschwerde zulässig. Denn aus der Zulässigkeit des Beschwerdeverfahrens gegen die verweigerte Einziehung eines erteilten Erbscheins folgt nicht, daß eine Beschwerde schon vor Erteilung des Erbscheins unzulässig wäre. Weist auf Beschwerde desjenigen, der einen Erbschein beantragt hat, das Landgericht zur Erteilung an, so muß das Amtsgericht dieser Anweisung stattgeben. Daraus folgt, daß nicht erst durch die tatsächliche Ausstellung des Erbscheins, sondern bereits durch die Anweisung des Beschwerdegerichts das Recht des besser berechtigten Erben beeinträchtigt wird. Denn die eigentliche Entscheidung liegt hier nicht, wie in dem Falle, wo das Nachlaßgericht den Erbschein aus eigener Entschließung erteilt, in der Tatsache der Ausstellung, sondern in der Anweisung des Landgerichts, dessen ausführendes Organ in diesem Falle das Nachlaßgericht ist.

2. *Hamburger, Gruchots Beitr. 48 63: Der Erbschein wird auch durch die Pfändung eines Erbanteils unrichtig und ist daher einzuziehen, um den Gläubiger vor der Gefahr zu schützen, daß ein dritter redlicher Erwerber im Vertrauen auf den Erbschein von den Erben ein Nachlaßgrundstück oder eine Nachlaßhypothek erwirbt.

§§ 2366, 2367. Strohal, Erbrecht II 153 ff.: Die durch die §§ 2366, 2367 wirklich getroffenen Fälle sind folgende:

a) Es ist geschützt, wer von dem im Erbschein Bezeichneten durch Rechtsgeschäft „einen Erbschaftsgegenstand oder ein Recht an einem solchen Gegenstand" erwirbt. Der Geschützte erlangt also, soweit die im vorhergehenden dargelegten positiven und negativen Schutzvoraussetzungen zutreffen, trotz der Unrichtigkeit des Erbscheins dasselbe Recht, das er nach den Grundsätzen des abgeleiteten Erwerbes erlangen würde, wenn die Verfügung von dem (den) nach Maßgabe der hinsichtlich der Erbfolge bestehenden wirklichen Rechtslage Verfügungsberechtigten getroffen worden wäre. Unter „Erbschaftsgegenständen" sind nach dem festen Sprachgebrauche des Gesetzes nicht nur die zum Nachlaß gehörenden Sachen, sondern auch die dazu gehörenden unkörperlichen Gegenstände, als Forderungen, Urheberrechte u. dgl. zu verstehen.

b) Der Schutz des Gesetzes wird ferner demjenigen zuteil, welcher von dem legitimierten Scheinerben durch Rechtsgeschäft die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte erlangt (§ 2366), d. h. mit anderen Worten: die Befreiung ist in Fällen dieser Art, dafern nur die sonstigen Voraussetzungen des § 2366 zutreffen, ungeachtet der Unrichtigkeit des Erbscheins in gleicher Weise wirksam, wie wenn sie durch den wirklich Berechtigten erfolgt wäre.

§ 2367. 1. *Hellwig, SeuffBl. **04** 473 (s. auch o. zu § 412 Ziff. 1 b): Die Frage, ob der Schuldner dem Erben des Gläubigers die Zahlung verweigern kann, bis ihm ein Erbschein vorgelegt ist, ist immer noch sehr streitig. In der Literatur wird die Frage überwiegend verneint, so namentlich von Hachenburg, Vortr. (2) 284, Planck, Erl. 3 zu § 2367. Ebenso in der Judikatur des Reichsgerichts, so in den in der DJZ. **00** 503, **03** 284 abgedruckten Entscheidungen, von denen die letztere auch in **RG. 54** 344 enthalten ist. In seiner Schrift „Anspruch und Klagrecht" 357 ff. habe er die Frage bejaht und gegenüber der Gefahr der Schikane auf den § 226 BGB. hingewiesen. Der Ansicht, daß die Vorlage des Erbscheins erforderlich sei, haben sich angeschlossen Strohal, Erbrecht (2) 376, II; Kohler in seinem Arch. **24** 186; Paech, DJZ. **03** 497; Wilke, Anm. 6 zu § 2365.

Angesichts der praktischen Wichtigkeit der Frage und wegen des Umstandes, daß die von ihm a. a. O. gegebene Begründung wenig Beachtung gefunden habe, komme er auf die Frage zurück.

Hellwig beschäftigt sich dann mit den Gründen, welche die Gegner seiner Ansicht geltend machen, mit den Hinweis auf die Bestimmung des § 372 BGB. und § 94 ZPO., deren Berufung auf den Mangel einer gesetzlichen Vorschrift und auf die Entstehungsgeschichte und gelangt wiederum zu folgendem Ergebnis:

Der Schuldner kann die Vorlage des Erbscheins verlangen. Das für unsere Frage wesentliche Element in §§ 410, 412 ist das, daß der Schuldner gegen die Gefahr der Doppelzahlung geschützt wird. Dieser Zweck ist, wenn der Gläubiger zwecks Ausstellung einer Erklärung angegangen werden kann, durch diese zu erreichen. Ist der Gläubiger gestorben, so bietet das Gesetz durch die Vorschrift des § 2367 die Möglichkeit, zu einer Sicherung des Schuldners zu gelangen. Der durch § 2367 gebotene Schutz geht nicht so weit, wie der Schutz, den der Schuldner genießt, wenn er sich auf eine direkt oder durch den Nachfolger an ihn gelangte Erklärung des bisherigen Gläubigers stützen kann. Aber der § 2367 hat doch ebenso wie der § 409 den Zweck, den Schuldner zu schützen; nur macht der § 2367 den Schutz von dem Glauben an die Richtigkeit des Erbscheins abhängig.

Wenn der § 2367 die Möglichkeit bietet, den Schuldner vor den mit dem Eintritt einer Rechtsnachfolge verbundenen Gefahren zu schützen, so folgt

daraus allerdings noch nicht, daß der Schuldner die Vorlage des Erbscheins zu verlangen berechtigt ist. Wohl aber folgt dies aus den den §§ 410, 412 zugrunde liegenden Rechtsgedanken. Wie bei jeder im Wege der Analogie zu vollziehenden Rechtsbildung, ist auch hier das gewonnene Ergebnis nicht mit absolut zwingender Notwendigkeit zu beweisen. Es gehört zu der Annahme des hier verteidigten Satzes das Bewußtsein, daß eine Jurisprudenz, die den Anspruch auf die Bezeichnung als die ars boni et aequi verdienen will, den Mut haben muß, über den Wortlaut des Gesetzes hinaus vim ac potestatem legis zu erfassen und in der Rechtsordnung eine vernünftige Ordnung der Lebensverhältnisse zu erblicken.

Zum Schlusse wiederholt Hellwig nochmals: Er gebe dem Erben auf Grund des § 226 den Einwand, daß die Forderung der Vorlage des Erbscheins nur den Zweck haben könne, ihm Schaden zuzufügen. Der Richter, der diesen Einwand zu prüfen hat, wird sich aber hüten müssen, von solchen Anschauungen auszugehen, wie sie in den Protokollen der zweiten Kommission (V 687) dargelegt sind. Dort ist gesagt, die Erlangung eines Erbscheins werde für den Erben vielfach mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein; das Nachlaßgericht müsse die positive Überzeugung von seinem Erbrechte gewinnen; die Beschaffung des dazu erforderlichen Materials aber sei vielfach kostspielig und mit großen Weitläufigkeiten verbunden. Liest man dies, so fragt man sich erstaunt: muß sich der Schuldner etwa mit der bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen? Ist er genötigt, „nicht so rigorose Anforderungen zu stellen"? Hat nicht gerade der Schuldner, der eventuell nochmals zahlen muß, nicht ganz besonders ein Recht darauf, daß der Erbe sein Erbrecht „positiv" dartut? So dartut, wie es auch der Nachlaßrichter verlangt, wenn ein Erbschein gefordert wird? Wenn man sich auf GBO. § 36 beruft, so ist zu erwägen, daß der Grundbuchrichter auch bei öffentlichem Testamente stets die Vorlage eines Erbscheins verlangen kann. Weshalb denn? Nur deshalb, weil die Testamentsurkunde keine Gewißheit darüber geben kann, daß sie gültig errichtet und maßgebend geblieben ist! Der Grundbuchrichter riskiert eine Schädigung nur, wenn er fahrlässigerweise sich mit dem Testamente begnügt. Der Schuldner aber ist unbedingt zur nochmaligen Leistung verpflichtet, wenn er dem Testamente Glauben schenkte und nun ein anderer Erbe sich legitimiert. Und doch dürfte der Schuldner nicht so streng in seinen Anforderungen sein, wie der Grundbuchrichter?

2. *Haberstumpf, R. **04** 187, — s. auch o. zu § 412 Ziff. 1 a — wendet sich gegen den vom **RG. 54** 343 aufgestellten Grundsatz (vgl. JDR. **2** zu § 2367), es bedürfe nicht der Vorlegung eines Erbscheins durch den Erben des Gläubigers. Er führt aus:

Das BGB. steht auf dem Prinzip, daß derjenige, der ein Recht behauptet, es auch beweisen muß (Cosack, Lehrbuch (1 u. 2) I 283). Will jemand ein Recht des Erblassers als dessen Erbe geltend machen, so muß er das Vorhandensein dieses Rechtes und außerdem sein Erbrecht beweisen (Cosack a. a. O. II 271). Der § 94 ZPO. zwingt nun erfreulicherweise den klagenden Erben, sein Erbrecht nicht erst im Prozesse, sondern schon vorher in dem Zeitpunkte zu erweisen, wo er mit seinem Verlangen an den Nachlaßschuldner herantritt. Wenn es nun auch theoretisch richtig ist, daß der Beweis der Erbfolge nicht nur mit dem Erbscheine, sondern mit allen übrigen Beweismitteln erbracht werden kann, so wird man sich praktisch auch beim Vorliegen eines Testaments selten einen Fall denken können, in welchem außerhalb des Prozesses das Erbrecht auf einfachere und verhältnismäßig billigere Weise überzeugend bewiesen werden kann, als durch einen Erbschein. Ohne Zusammenhang mit dem übrigen Inhalte des Nachlaßakts sind Testament und Eröffnungsurkunde eine sehr zweifelhafte Grund-

lage für Erbenfeststellung. Der Private kann z. B. nicht, wie der Nachlaßrichter, eine eidesstattliche Versicherung über das Nichtvorhandensein von weiteren letztwilligen Verfügungen (§§ 2253 ff., 2258 BGB.) dem zur Erbschaft Berufenen abnehmen. Sogar die GBO. § 36 verlangt nicht, daß der Grundbuchrichter sich unter allen Umständen beim Nachweise der Erbfolge mit dem in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Testamente nebst Eröffnungsprotokoll begnügt, sondern gestattet dem Grundbuchrichter, wenn er die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen.

§ 2368. Abs. 3. KG., KGJ. **28** A 200: Tritt in der Person eines der mehreren Testamentsvollstrecker ein Wechsel ein, so ist dies auf dem gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckerzeugnisse zu vermerken.

§ 2369. 1. *Brachvogel, R. **04** 6 ff.: Der Erbschein kann (nicht bloß beim Ausländernachlaß — § 2369 —, sondern) in allen Fällen auf Antrag auch für einzelne Gegenstände erteilt werden. Das wird entgegen den Beschlüssen des KG., OLG. **4** 397, **7** 446, ferner des OLG. Colmar, OLG. **6** 315 und des LG. Cöln, RheinNotZ. **03** 164, auch entgegen Eßlinger, Der Erbschein nach dem BGB. 28 ff., aber in Übereinstimmung mit dem bayerischen Justizministerium und den Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in München vom 29. 3. 01 und 10. 7. 01, nachzuweisen gesucht auf Grund der historischen Entwickelung des Erbscheinsinstituts, aus der rechtlichen Natur und dem Zwecke des Erbscheins an der Hand der Materialien zum BGB. unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 81 Abs. 4 pr. GKG. vom 6. 10. 99. Die Beschränkung des Erbscheins liegt im Interesse des Erbscheinserben (wegen der geringeren Kosten), im Interesse des wahren Erben (wegen der geringeren aus Verfügungen des Erbscheinserben für ihn erwachsenden Gefahr), und im Interesse des Nachlaßgerichts (wegen der geringeren Regreßgefahr).

2. *Schmidt, ZBlFrG. **5** 351: Der Erbschein gemäß § 2369 BGB. darf nicht als gegenständlich beschränkter Erbschein des Inhalts, „daß dem X. dieser Erbschein zwecks Verfügung über bestimmt bezeichnete Gegenstände erteilt werde", ausgestellt werden. Er hat vielmehr zu lauten, „daß dem X. dieser Erbschein zwecks Verfügung über die aus dem Nachlasse des Y. im Inlande befindlichen Gegenstände erteilt werde".

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2374. 1. Über die Veräußerung der Erbschaft durch einen Scheinerben und die Frage, ob und inwieweit der Erbe eine solche Verfügung nach Maßgabe des § 185 genehmigen kann, vgl. Strohal, Erbrecht II 420 f.

2. Strohal, Erbrecht II 417 Anm. 2b: Die Bestimmung des § 2374 unterscheidet sich wesentlich von den Surrogationsvorschriften der §§ 2019 und 2111; denn während es nach diesen nicht auf die Richtung des Parteiwillens, sondern lediglich darauf ankommt, daß der rechtsgeschäftliche Erwerb mit Mitteln der Erbschaft gemacht ist, ist nach § 2374 gerade umgekehrt ohne Rücksicht darauf, ob der rechtsgeschäftliche Erwerb mit Mitteln der Erbschaft oder mit anderen Mitteln gemacht ist, nur die dem Rechtsgeschäfte vom Erwerber gegebene Beziehung auf die Erbschaft maßgebend. Die Vorschrift des § 2374 berührt sich hierin mit der auf die rechtsgeschäftliche Surrogation bei der Erbengemeinschaft sich beziehenden des § 2041.

3. Strohal, Erbrecht II 419 Anm. 4: Die Möglichkeit eines einheitlichen Übertragungsakts ist übrigens auch nicht gegeben, wenn der Teilerbe seinen Erbteil erst nach der Teilung verkauft, und regelmäßig auch nicht im Falle der Veräußerung eines Bruchteils der Erbschaft durch den Alleinerben. Im letzteren Falle verhält es sich jedoch dann anders, wenn dem Alleinerben mehrere Anteile

der Erbschaft derart zukommen, daß praktisch die Grundsätze der Miterbengemeinschaft zur Anwendung gebracht werden müssen. Beispiel: Der Erblasser X wird von Y und Z zu gleichen Teilen beerbt. Z wird aber wieder, noch bevor er sich über Annahme oder Ausschlagung erklärt, von Y beerbt, so daß an diesen der ganze Nachlaß des X fällt. Hinsichtlich der von Z hinterlassenen Erbschaft kommt es endlich zur Anordnung der Nachlaßverwaltung, die sich selbstverständlich auch auf den zu dieser Erbschaft gehörenden Anteil am Nachlasse des X erstreckt. Obschon Y hier Alleinerbe des X ist, so besteht doch in Ansehung des Nachlasses des X ein nach den Vorschriften über die Miterbengemeinschaft zu beurteilendes Verhältnis zwischen Y und dem Nachlaßverwalter. Bei solcher Sachlage wird daher auch nicht zu bezweifeln sein, daß Y über seinen ursprünglichen Anteil am Nachlasse des X so verfügen kann, wie es sonst nur ein Teilerbe kann.

4. Strohal, Erbrecht II 420 Anm. 5b: Besteht zur Zeit des Erbschaftskaufs eine Nachlaßverwaltung, so kann der verkaufende Erbe während ihrer Dauer Verfügungen wie Auflassung, Übergabe, Zession und dgl. freilich nur dann mit Wirksamkeit vornehmen (vgl. § 1984), wenn der Nachlaßverwalter in ihre Vornahme einwilligt oder sie genehmigt. Dadurch allein, daß der Verkäufer in solchem Falle dem Käufer die ihm gegen den Nachlaßverwalter zustehenden Rechte, insbesondere also das Recht auf den nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschuß abtritt, vermag er seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage noch nicht zu erfüllen (anders Planck V Erl. 5 zu § 2376). Denn hinsichtlich der jenen Nachlaßüberschuß bildenden Gegenstände hat der verkaufende Erbe, da er doch selbst der Berechtigte ist, gegen den Nachlaßverwalter keinen Anspruch auf Rechtsübertragung und kann daher auch dem Käufer durch Abtretung seines gegen den Nachlaßverwalter sich richtenden Anspruchs auf Herausgabe des Nachlaßüberschusses die rechtliche Verschaffung der betreffenden Gegenstände nicht vermitteln.

§ 2384. *Boschan, Nachlaßsachen II 226: Die Anzeigepflicht ist selbst für den Fall anzunehmen, daß das Nachlaßgericht den Erbschaftskauf beurkundet hat.

§ 2385. Strohal, Erbrecht II 414 Anm. 1: Unbeschränkt zulässig sind die nach dem Erbfalle geschlossenen und die Veräußerung einer dem Veräußerer erst eventuell anfallenden Erbschaft bezweckenden Verträge. Der hierher gehörende Hauptfall ist gegeben, wenn der Nacherbe einen Vertrag dieses Inhalts vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge abschließt. Die Wirkungen solcher Verträge decken sich, sobald der in Aussicht genommene Anfall eingetreten ist, durchaus mit denen des Erbschaftskaufs bzw. der im § 2385 bezeichneten Geschäfte, und die Formvorschrift des § 2371 ist daher auch für sie maßgebend.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 1. OLG. Dresden, ZBlFrG. 5 258: Die Rückdatierung eines nach dem 1. 1. 1900 in einer dem BGB. nicht genügenden Form geschlossenen Vertrages über Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (§ 313 BGB.) führt nicht die Anwendung des früheren Rechtes nach EGBGB. Art. 1 herbei.

Art. 2. 1. a) *Horrwitz, Recht der Handlungsgehilfen (2) 11/12: Die Geltung von Gewohnheitsrecht ist ausgeschlossen; in Übereinstimmung mit Gold-

mann-Lilienthal (BGB. nach der Legalordnung des ALR. 5). Die Bildung von Gewohnheitsrecht ist ausschließlich Sache der Wissenschaft.

b) *Horrwitz das. 12/13: Für das Handelsrecht kommen die oft mit Gewohnheitsrecht verwechselten Handelsverkehrssitten in Betracht, gemäß §§ 346, 59 HGB. und §§ 157, 242 BGB.; die nach diesem zugelassenen Handelsverkehrssitten können sich nicht gegen dispositive Vorschriften des HGB. rechtswirksam bilden. Vgl. zu HGB. § 59.

2. PrOVG., DJZ. **04** 870: Aus der vermeintlichen Anwendung des geschriebenen Rechtes kann sich eine Observanz nicht entwickeln.

Art. 3. 1. Stranz, Holtzendorffs Enzyklopädie I 771: Für die Zukunft ist die Landesgesetzgebung auf den generellen Vorbehaltsgebieten vermöge Art. 3 souverän. Sie darf nicht nur für die Besonderheiten dieser Materien neue Vorschriften erlassen, sondern auch für die allgemeinen Vorschriften des BGB., ohne an eine Schranke gebunden zu sein, selbst einschneidende Abweichungen treffen, z. B. über die Formerfordernisse eines Rechtsgeschäfts, über die Statthaftigkeit von Bedingungen oder Zeitbestimmungen, über den Irrtum, die Verjährung, über die das Grundbuchrecht regelnden Fragen. Das Landesrecht kann auch neue dingliche Rechte einführen, oder Rechtsinstituten, die das BGB. beseitigt hat, wie der unvordenklichen Verjährung, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, für eine vorbehaltliche Materie erneute Kraft geben. (**RG.** JW. **00** 741.)

2. **RG.** JW. **04** 85: Selbst wenn der Vorbehalt für die Landesgesetze in den Artt. 56—152 EG. nur solche Landesgesetze im Auge haben sollte, die besondere Vorschriften über die speziellen in diesen Bestimmungen des EG. bezeichneten Rechtsmaterien darstellen, nicht aber allgemeine privatrechtliche Rechtssätze, die nur in ihrer Anwendung auch auf jene Materien bezogen worden sind, so gibt doch Art. 3 den Landesgesetzen völlig freie Hand, wie sie die vorbehaltenen Rechtsmaterien für die Zukunft regeln wollen. Es kann daher, sofern in einem auf Grund des Art. 3 erlassenen Ausführungsgesetz eine Bestimmung getroffen ist, die in bezug auf die darin behandelte Rechtsmaterie durch den Vorbehalt eines der Artt. 56—152 EG. gedeckt ist, gar nicht darauf ankommen, ob diese Bestimmung mit dem alten Landesrecht übereinstimmt oder nicht. Das Landesgesetz kann aber auf Grund des Art. 3 eine vorbehaltene Rechtsmaterie auch in der Weise regeln, daß es einen bisher in Geltung gewesenen allgemeinen Rechtssatz in der Beschränkung auf die vorbehaltene Materie weiter bestehen läßt, so daß er zwar als allgemeiner Rechtssatz gemäß Art. 55 EG. seine Geltung verliert, in der Anwendung auf die besondere Materie aber auf Grund der Vorbehalte der Artt. 56—152 in Verbindung mit Art. 3 EG. bestehen bleibt (weiteres s. bei Artt. 77 Nr. 6; s. Art. 77, 156).

Art. 4. S. Stranz, Holtzendorffs Enzyklopädie (6) I 787—791.

Internationales Privatrecht.

Allgemeine Fragen.

*Klein, Privatinternationale Rechtsanwendungshilfe, ÖstRichtZ. **04** 255 bis 260, bespricht das Problem der privatinternationalen Rechtsanwendungshilfe und die Versuche, es zu lösen. Die Lösungsversuche mit innerstaatlichen Mitteln: Revisibilität des ausländischen Rechtes, Fremdengerichte, erreichen nur Stückwerk. Von den Lösungsversuchen mit überstaatlichen Mitteln (Asser, Norsa, v. Bar, Zitelmann, Schumacher, Kahn) führen nach Klein die Vorschläge von v. Bar und Zitelmann vollständig zum Ziele. Klein formuliert

seinen Vorschlag dahin: „Jeder Staat soll eines (und nur eines) seiner Gerichte anweisen, auf Anfrage fremdstaatlicher Gerichte (oder von diesen ermächtigter Anfrage der Partei) eine Belehrung über das in seinem Staate geltende Recht anzugeben, und jeder Staat soll einen solchen Bescheid als für seine anfragenden Gerichte bindend erklären. Die angewiesenen Gerichte müssen Fühlung halten mit den bereits errichteten oder noch zu errichtenden Kommissionen für Internationales Privatrecht und diesen alle vorkommenden Schwierigkeiten mitteilen.

Art. 10. 1. OLG. Hamburg, ZIPR. **14** 64 ff., HansGerZ. **03** 253: Art. 10 bezieht sich auch auf ausländische Handelsgesellschaften. Wenn auch ausländische Gesellschaften, die wesentliche Merkmale der Gesellschaften des Deutschen HGB. oder anderer reichsgesetzlich geregelter Gesellschaften und Genossenschaften zeigen (vgl. § 22 BGB.), nicht unter Art. 10 fallen, so gilt dies nicht für solche, die eine fremdartige, von deutschen Reichsgesetzen nicht geregelte Form der Handelsgesellschaft aufweisen. Dies ist jedoch in den meisten Fällen zutreffend, daher wird Art. 10 auch meistens dann anzuwenden sein, wenn eine ausländische Aktiengesellschaft in Deutschland als Klägerin auftritt.

2. Hiervon abweichend OLG. Hamburg, OLG. 8 12, HansGerZ. **03** Beibl. 309, ZIPR. **14** 69 ff., R. **04** 141 (651): Die Vorschrift des Art. 10 EG. bezieht sich nicht auf die handelsrechtlichen, nicht unter §§ 21, 22 BGB. fallenden Gesellschaften; die Rechtsfähigkeit dieser ist vielmehr ausschließlich nach dem Personalstatut, dem Rechte am Orte ihres Wohnsitzes, zu beurteilen.

3. OLG. Hamburg, R. **04** 336 (1533), 530 (2261), ZIPR. **14** 476 ff., HansGerZ. **04** Hauptbl. 198, OLG. 9 29: Ausländische Personenvereinigungen, die sich nach den allgemeinen Formen des ausländischen Handelsrechts gebildet haben, fallen nicht unter den Begriff der Vereine im Sinne des Art. 10 EG., vielmehr wird regelmäßig nicht zu bezweifeln sein, daß sie nach dem Rechte ihres Sitzes rechtsfähige Handelsgesellschaften sind; das Gericht hat daher keinen Anlaß, gegen ihre Rechtsfähigkeit Bedenken zu hegen und ihre Parteifähigkeit von Amts wegen zu prüfen.

Art. 11. 1. KG., OLG. 8 222, KGJ. **27** A 108, R. **04** 339 (1579) (italienisches holographisches Testament): Ein nach ausländischem Rechte im Auslande wirksam errichtetes eigenhändiges Testament wird dadurch, daß es infolge der nach dem Tode des Erblassers durch dessen Angehörige bei der zuständigen ausländischen Behörde formell bewirkten Niederlegung nach ausländischem Rechte die Vermutung der Echtheit erhält, noch nicht zu einer Urkunde, die im deutschen Grundbuchverkehr als Unterlage für eine Eintragung unmittelbar brauchbar ist.

2. KG., KGJ. 27 A 250 (vgl. das. **21** A 6), OLG. 8 222, ZIPR. **14** 89 ff., SchlHolstAnz. **04** 110, RJA. **4** 122 ff.: Bei der Prüfung der Formgültigkeit einer ausländischen Beurkundung oder Beglaubigung ist das ausländische Recht anzuwenden. — Der Grundbuchrichter ist zu dieser Prüfung verpflichtet und hat sich die Nachweise darüber, daß die Urkunde dem ausländischen Rechte entspricht, grundsätzlich selbst zu verschaffen. Vgl. dazu Bollenbeck, RheinNotZ. **49** 71 ff.

3. LG. Saargemünd, ElsLothJZ. **29** 79: Bei der Prüfung der Veräußerungsberechtigung eines ausländischen Ehegatten kann der Grundbuchrichter, wenn ihm das ausländische Recht unbekannt ist, von dem Antragsteller den Nachweis des von dem anderen Ehegatten unabhängigen Veräußerungsrechts verlangen. Die Notwendigkeit dieses Nachweises entfällt aber, wenn sich der Richter in anderer Weise über das ausländische Recht Aufklärung verschaffen kann.

Art. 12. **RG. 57** 145, EisenbE. **21** 47 ff., JW. **04** 217, R. **04** 285 (1320), ZIPR. **14** 471 ff.: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der im Art. 5

IntEisenbÜbereink. v. 14. 10. 90 festgesetzten Verpflichtung zur Beförderung von Gütern ist eine deliktsähnliche Obligation, ein ein Schuldverhältnis begründender gesetzlicher Tatbestand, auf den, wie auf die unerlaubte Handlung, nach den in Deutschland geltenden Normen des internationalen Privatrechts, da das EGBGB. Art. 12 diesen Gegenstand nur unvollständig geregelt hat, das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem der zum Schadensersatz verpflichtende Tatbestand sich verwirklichte.

Art. 13. Abs. 1. *Stölzel, Eheschließungsrecht 51: Die Folgen eines unbeachtet gebliebenen Ehehindernisses richten sich auch dann nach dem Rechte des Staates, dem der Verlobte vor der Eheschließung angehört hat, wenn er diese Staatsangehörigkeit durch die Eheschließung verloren hat. Dies gilt insbesondere für eine Ausländerin, die einen Deutschen unter Mißachtung ihrer heimatlichen Gesetze geheiratet hat (§ 5 BG. 1. 6. 70).

Abs. 3. *Stölzel, Nicht nur die §§ 1317—1321 BGB., welche die Form des Eheschließungsaktes selbst behandeln, sondern auch der § 1316 (mit dem § 1322 Abs. 2, 3) sind gemäß Art. 13 Abs. 3 EGBGB. bei jeder Eheschließung innerhalb des Deutschen Reiches anzuwenden. Also ist das deutschrechtliche Aufgebot, wozu sowohl der Aushang gemäß § 46 PStG. wie auch die Einrückung gemäß § 47 Abs. 1 oder die Bescheinigung gemäß § 47 Abs. 2 daselbst zu rechnen ist, auch dann nötig, wenn etwa bereits im Ausland ein anders geartetes Aufgebot stattgefunden hat, wie es vielfach als Grundlage für die Erlaubnis oder das Zeugnis gemäß § 1315 Abs. 2 BGB. erfordert wird. Abgesehen von den Anwendungsfällen der Abs. 2, 3 des § 1316 BGB. ist das deutschrechtliche Aufgebot für eine innerhalb Deutschlands zu schließende Ehe nur insoweit entbehrlich, als die Notwendigkeit der deutschen Eheschließungsform überhaupt durch Staatsverträge außer Kraft gesetzt ist: ein Brautpaar, das beiderseits die Staatsangehörigkeit von Italien, Japan, Paraguay oder Salvador besitzt, kann in Deutschland nach heimischem Ritus vor dem eigenen Konsul eine rechtsgültige Ehe schließen (das. 47, 48).

Art. 14. OLG. 9 445, HansGerZ. **04** Beibl. 303 (Hamburg): Für Unterhaltspflicht von Ehegatten, die in Deutschland wohnen, gilt deutsches Recht, auch wenn sie Ausländer sind (a. M. Planck, das. Niemeyer, IntPR. 142).

Artt. 15, 16. (S. auch Art. 27). 1. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts II, Das eheliche Güterrecht (Abt. 1. Allgemeiner Teil, 1903) 19—43: Die Artt. 15, 16, 27 EG. sind sogenannte unvollständig zweiseitige Kollisionsnormen; denn sie bestimmen zunächst das Geltungsgebiet des einheimischen Rechtes und scheiden aus den von dieser Regelung betroffenen Tatbeständen weitere bestimmte Tatbestandsgruppen aus, für die das anzuwendende Auslandsrecht vorgeschrieben wird, während für alle übrigen Tatbestände, die weder unter die einseitige, noch unter die vollkommene Kollisionsnorm fallen, die Frage, welches Recht anzuwenden ist, wiederum offen bleibt.

a) Art. 15 Abs. 1 EG. knüpft die Anwendung sowohl des gesetzlichen als auch des vertragsmäßigen deutschen ehelichen Güterrechts an die deutsche Staatsangehörigkeit des Ehemanns, einerlei ob der erste eheliche Wohnsitz im In- oder Auslande war, oder erst später dahin verlegt ist, oder ob der Ehemann die Reichsangehörigkeit nach Eingehung der Ehe verloren hat (übereinstimmend Planck, EG. zu Art. 15 Nr. 1c; Riedner zu Art. 15 Anm. 36; Neumann das. Anm. III 1; a. M. Schnell ZIPR. 7 116, Silberschmidt, das. 8 102, 103). Der Anwendung des deutschen Rechtes unterliegt das ganze Vermögen der Ehegatten, das bewegliche sowohl wie das unbewegliche. Eine Ausnahme setzt jedoch Art. 28 fest (22).

b) Ungeregelt geblieben ist die Frage, — abgesehen von den Fällen des Art. 15 Abs. 2 —, nach welchem Rechte der deutsche Richter Ehen zu beurteilen hat, bei denen der Ehemann die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzt (Ausländerehen). Die herrschende Meinung will das Güterrecht aller Ausländerehen nach dem Heimatrechte des Ehemanns beurteilen. Der deutsche Richter hat aber zunächst nur festzustellen, daß seinem Gesetz eine bestimmte Grenznorm für das anzuwendende Recht nicht zu entnehmen ist. Einem ausländischen Rechte darf er die maßgebende Kollisionsnorm nicht entlehnen; gibt sie ihm das deutsche Recht nicht, so muß er sie an der Hand der Wissenschaft und Rechtsprechung des Internationalen Privatrechts nach seiner wissenschaftlichen Überzeugung, aber im Sinne und in der Richtung seiner Gesetzgebung bilden. Daher muß er in Anlehnung an die Vorschriften des EG. beurteilen, ob das seiner Entscheidung unterliegende Rechtsverhältnis unter der Herrschaft des Personal-, Sach- oder Handlungsstatuts steht, und welche Anknüpfungen für jedes dieser Statuten maßgebend sein können (27 ff.).

Folgerungen:

α. Es ist das Personalstatut des Ehemanns zugrunde zu legen. Der deutsche Richter darf weder das Sach- noch das Handlungsstatut berücksichtigen, abgesehen von der Ausnahme des Art. 28.

β. Als Anknüpfungstatbestände sind nach dem EG. nur die Staatsangehörigkeit des Mannes und der Ehewohnsitz in Betracht zu ziehen. Dieser kann gewählt werden, wenn die Gerichte des Heimats- und des Wohnsitzstaats übereinstimmend die Gesetze des Wohnsitzstaats zur Anwendung bringen würden (29).

γ. Trotzdem ist zu berücksichtigen, daß das BGB. grundsätzlich das Nationalitätsprinzip befolgt und dem Anknüpfungsmomente der Staatsangehörigkeit der Vorzug zu geben, also im Zweifel, namentlich wenn die Gesetze des Wohnsitz- und Heimatsstaats in betreff des ehelichen Güterrechts verschieden sind, das Personalstatut durch Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Ehemanns festzustellen (29, 30).

δ. Da das EG. den Grundsatz der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts befolgt, kommt für den deutschen Richter nur die Staatsangehörigkeit zur Zeit der Eheschließnng oder der erste eheliche Wohnsitz in Betracht (30).

c) Art. 15 Abs. 2 enthält eine vollkommene Kollisionsnorm und bestimmt unter gewissen Voraussetzungen das für Ausländerehen maßgebende Recht. Darin liegt der Grundsatz, daß sich das eheliche Güterrecht auch durch den Erwerb der Reichsangehörigkeit oder die Begründung eines deutschen Wohnsitzes nicht wandelt. Selbständige Bedeutung hat die Vorschrift in zwei Fällen (31):

α. Wenn ausländische Ehegatten ihren ersten ehelichen Wohnsitz im Deutschen Reich genommen haben, so bestimmt sich ihr Güterrecht von vornherein nach den Gesetzen des Heimatstaates.

β. Lebten die Eheleute nach der entscheidenden Kollisionsnorm des Heimatstaates im Güterrecht eines dritten, nichtdeutschen Staates, so tritt trotzdem mit dem Erwerb der Reichsangehörigkeit oder der Begründung eines inländischen Wohnsitzes das Güterrecht des Heimatstaates an dessen Stelle für die Rechtsverhältnisse, die nach dem Erwerbe der Reichsangehörigkeit oder Wohnsitzbegründung liegen. In dieser Beziehung wird zugunsten des Nationalitätsprinzips die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts durchbrochen.

d) Von den Grundsätzen unter 3 gibt es Ausnahmen zugunsten des deutschen Rechtes (32 ff.):

α. Die allgemeinste ist diejenige, welche aus dem in Art. 27 anerkannten Rückverweisungsprinzipe folgt: sofern die Kollisionsnorm des nach Art. 15 Abs. 2 maßgebenden Heimatstaats durch die von ihr befohlene Anknüpfung das deutsche

Recht für maßgebend erklärt, erkennt das EG. diese Kollisionsnorm für bindend auch für den deutschen Richter an. Er hat selbst dann deutsches Güterrecht anzuwenden, wenn die Heimatgesetze die Zurückverweisung auf das deutsche Recht durch Anknüpfungen vermitteln, die dem EG. unbekannt sind oder von dem Grundsatz der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts ausgehen. Andererseits bleibt auch das nach Art. 27 in Kraft tretende eheliche Güterrecht maßgebend, auch wenn die Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 2 wegfallen, selbst dann, wenn die Kollisionsnormen des Heimatstaates als Folge dieser veränderten Sachlage eine Wandelung des Güterrechts eintreten lassen.

Art. 27 kann jedoch nicht in Fällen angewendet werden, in denen die Kollisionsnorm des Heimatrechts auf die Maßgeblichkeit der deutschen Gesetze verweist, ohne daß die Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 2 vorliegen. A. M. Neumann, Gruchots Beitr. **46** 94, 95 u. Handausg. EG. zu Art. 27; Niemeyer, IPR. 83; Barazetti, ZIPR. **8** 48 ff., übereinstimmend Silberschmidt a. a. O. 100, 101; Riedner, Komm. z. EG. 78, 79.

β. Im Falle der Art. 28 besonders bei deutschen Stamm-, Lehen- und Fideikommißgütern.

γ. In den Fällen der besonders vorgeschriebenen Anwendung des deutschen Rechtes.

αα. Die Ehegatten können Eheverträge schließen, selbst wenn diese nach den Gesetzen des Heimatstaates, die nach Art. 15 Abs. 2 anzuwenden sind, unzulässig sein würden.

ββ. Im Interesse Dritter zum Schutze des inländischen Rechtsverkehrs (Art. 16 EG.). Diese Bestimmung setzt inländischen Wohnsitz der Ehegatten voraus; ihre Wirkungen dauern nur für dessen Zeit und hören wieder auf, wenn die Ehegatten ihn wieder ins Ausland verlegen. Diesen Schutz genießen:

γγ. Dritte, die mit den Eheleuten in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten oder Prozesse mit ihnen führen (§ 1435 BGB. 38);

δδ. Dritte, insbesondere Gläubiger der Ehegatten, sofern sie sich für die Gültigkeit eines mit einem der Ehegatten vorgenommenen Rechtsgeschäfts, sowie einen Vollstreckungszugriff auf das Vermögen der Eheleute auf die Vorschriften der §§ 1357 (Schlüsselgewalt der Frau), 1362 (Mucianische Präsumtionen), 1405 (selbständiger Geschäftsbetrieb der Frau) berufen können (Art. 16, Abs. 2 (39).

δ. Im Falle des Art. 36 I EG. (s. das.).

ε. Im Falle des Art. 30 EG. (41).

2. AG. Zabern, ElsLothrZ. **29** 293: Der Ehevertrag, den ein im Inland wohnhafter Deutscher im Auslande abschließt und in dem er mit seiner Ehefrau das eheliche Güterrechtsverhältnis nach Maßgabe des französischen Rechtes durch einfache Bezugnahme auf dessen Bestimmungen regelt, ist nichtig.

Art. 17. 1. Pappenheim, Ungültigkeitserklärung einer von Ausländern im Auslande geschlossenen Ehe wegen des Ehehindernisses der Religionsverschiedenheit, ZIPR. **15** 11 ff., bekämpft eine Entscheidung des österreichischen obersten Gerichtshofs vom 3. 11. 04, die eine von einem ungarischen Staatsangehörigen jüdischen Glaubens in Ungarn mit einer vor und nach der Eheschließung in Österreich lebenden englischen Staatsbürgerin anglikanischen Glaubens geschlossene Ehe für Österreich auf Grund des § 64 Öst. ABGB. für ungültig erklärt hat. Die Unrichtigkeit dieses Urteils ergibt zunächst die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Ferner sanktioniert § 34 Öst. ABGB. das Nationalitäts-, nicht das Domizilprinzip für das österreichische Recht; selbst wenn es auch hier unbekannt wäre, so gilt doch für die Ehefähigkeit der Grundsatz, daß in

Österreich keine Ehen abgeschlossen werden dürfen, denen ein Ehehindernis des österreichischen oder jenes Rechtes entgegensteht, dem die Nupturienten als Staatsbürger unterstehen. Das österreichische Recht erhebt aber nicht den Anspruch auf die im Auslande geschlossenen Ehen von Ausländern angewendet zu werden, mögen diese Ausländer ihr Domizil im Inlande haben oder nicht. Die Ehe hätte selbst dann als gültig angesehen werden müssen, wenn sie in Österreich geschlossen worden wäre und ihre Schließung hätte in gesetzlicher Weise in Österreich erfolgen können.

2. Aus der Rechtsprechung.

a) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 802: Eine Ehescheidung wegen Ehebruchs im Inlande, wenn der Ehemann ein Ausländer ist, setzt voraus, daß auch nach dem Rechte in dessen Heimatstaat die Ehe wegen Ehebruches geschieden werden kann (so auch nach dem Rechte des Staates New-York).

b) **RG.** JW. **04** 86, DJZ. **04** 267: Scheidung österreichischer Katholiken kann von deutschen Gerichten weder vom Bande noch von Tisch und Bett ausgesprochen werden (§ 111 Öst. ABGB.).

c) **RG.** VerfJ. **55** 345 ff., ZJPR. **13** 575 ff., JW. **03** 129, R. **04** 78 (339): Deutsche Gerichte dürfen auch dann nicht auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen, wenn nach deutschem Rechte die Scheidung der Ehe gerechtfertigt, nach dem Rechte des Staates aber, dem der Ehemann zur Zeit der Klageerhebung angehört, nur beständige Trennung von Tisch und Bett zulässig sein würde. Abweichend **RG.** R. **03** 484 (2467).

Art. 19. LG. Cöln, RheinARV. **21** 9: Für das Rechtsverhältnis zwischen einem Nichtreichsangehörigen und seinen im Reichsgebiet geborenen und wohnenden Kindern sind die deutschen Gesetze, insbesondere auch § 1666 BGB. nicht anwendbar.

Art. 21. **RG.** JW. **04** 465, BadRpr. **04** 293, R. **04** 482 (2009) (Vorentscheidung OLG. Karlsruhe, DJZ. **04** 1144): Art. 2 BadAGBGB. ist dahin auszulegen, daß Artt. 7—30 EGBGB. auf badische Landesgesetze privatrechtlichen Inhalts entsprechend und daher auch auf Tatbestände anzuwenden sind, die nach bisherigem Rechte und damit auch nach den Kollisionsnormen des bisherigen Rechtes zu beurteilen wären. Demnach richten sich die Rechtsverhältnisse eines in Baden vor dem 1. 1. 1900 von einer badischen Mutter geborenen unehelichen Kindes, insbesondere das Verhältnis zu einem unehelichen Vater, nach badischem Landrechte (Satz 340a). Art. 21 EG. ist die für den vorliegenden Fall einer Kollision verschiedener deutscher Landesgesetze anzuwendende Gesetzesvorschrift; s. auch Artt. 208, 218.

Art. 22. *Ritter, ZJPR. **14** 435: 1. Bei der Ehelichkeitserklärung ist Gegenstand des internationalistischen Rechtsgüterschutzes: Umwandlung eines unehelichen Kindes in ein eheliches Kind desjenigen, von dem es abstammt. Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 22 sind also:

a) Unehelichkeit des Kindes. Ehelichkeit oder Unehelichkeit des Kindes hängt zunächst davon ab, ob die Mutter verheiratet war oder ist. Auch wenn sie nicht verheiratet war, kann das Kind als Brautkind ehelich und deshalb nicht legitimationsfähig sein. Ob ein Kind als Brautkind ehelich oder unehelich ist, bestimmt sich nicht nach der Kollisionsnorm des Art. 18, auch nicht nach derjenigen des Art. 21 und nicht nach der sich aus dem Charakter der einschlägigen ausländischen Vorschriften ergebenden Kollisionsnorm (gegen Planck zu Art. 21), sondern nach den durch die analoge Anwendung der für die Ehe geltenden Vorschriften bestimmten Kollisionsnormen. — Ist oder war die Mutter verheiratet, so hängt Ehelichkeit oder Unehelichkeit von Gültigkeit und Dauer der Ehe einerseits, Abstammung aus der Ehe andererseits und den darüber bestimmenden Kollisionsnormen ab.

b) Abstammung vom pater legitimans. Die Abstammung kann sich nicht nach dem aus der Kollisionsnorm des Art. 22 folgenden Rechte richten, weil Art. 22 erst zur Anwendung kommen kann, wenn die Abstammung feststeht (gegen Niemeyer, IPR. 158, Neumann, EG. Art. 21). Sie bestimmt sich vielmehr gemäß Art. 21 nach dem Heimatrechte der Mutter.

2. Zum Art. 22 selbst:

a) Welches Recht entscheidet die Frage, ob die Einwilligung des Kindes oder Angehöriger des Kindes Voraussetzung der Ehelichkeitserklärung ist (und welche Beteiligten — wem gegenüber — einzuwilligen haben)? Das Heimatrecht des Kindes oder das Heimatrecht des Vaters? Ist Abs. 2 des Art. 22 zur vollkommenen Kollisionsnorm auszuweiten derart, daß allgemein das Heimatrecht des Kindes darüber entscheidet, ob solche Einwilligung erforderlich ist? Oder enthält dieser Absatz eine Ausnahmevorschrift derart, daß (von dem besonderen Falle dieses Absatzes abgesehen) vielmehr gemäß Abs. 1 das Heimatrecht des Vaters maßgebend ist? Die Geschichte des Gesetzes, die Prinzipien des internationalen Privatrechts und die Grundsätze der Gesetzesauslegung sprechen für die erstere Auffassung (abw. Planck Art. 22 Ziff. 7). Ist dem Rechte des Kindesstaats das Rechtsinstitut der Legitimation fremd, so entscheidet das Heimatrecht des Vaters, insbesondere, wenn der Vater ein Deutscher ist, das deutsche Recht.

b) Nach welchem Rechte ist zu entscheiden, ob es zur Einwilligung der Beteiligten der vormundschaftlichen Genehmigung bedarf? Wie die Fragen des materiellen Vormundschaftsrechts überhaupt: nach dem Heimatrechte der Beteiligten; wenn dieses Recht das Institut der Legitimation nicht kennt, nach dem Heimatrechte des Vaters.

c) Über die Form des Antrags und der Einwilligungserklärungen entscheidet Art. 11 Abs. 1. Danach genügt insbesondere die Beobachtung der lex loci actus (gegen Niemeyer, Staudinger, Kuhlenbeck).

Der in der Praxis regelmäßig wiederkehrende Fall ist der, daß ein geschäftsfähiger, unverheirateter, im Ausland ansässiger reichsangehöriger Vater ein ausländisches geschäftsunfähiges oder in der Geschäftsfähigkeit beschränktes Kind bei Lebzeiten der ausländischen Mutter für ehelich zu erklären beantragt. Mit Rücksicht darauf, daß die Ehelichkeitserklärung Gnadensache ist (§ 1734 BGB.) und ferner mit Rücksicht auf § 1735 BGB. wird man in einem solchen Falle regelmäßig zu erfordern haben:

α. Antrag und Anerkennungserklärung gegenüber der zuständigen Behörde;

β. Nachweis, daß es sich um ein uneheliches, von dem Antragsteller abstammendes Kind handelt; bei der Frage der Abstammung ist der Umstand, daß der Mangel der Vaterschaft die Ehelichkeitserklärung nicht unwirksam macht, gebührend zu berücksichtigen;

γ. Einwilligung der auf seiten des Kindes nach Maßgabe des Kindesrechts (wenn diesem die Legitimation unbekannt ist, nach Maßgabe des deutschen Rechtes) Berechtigten;

δ. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Einwilligung gemäß dem für die Geschäftsfähigkeit der Einwilligungsberechtigten maßgebendem Rechte;

ε. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Einwilligung nach Maßgabe des Heimatrechts der Beteiligten (wenn diesem die Legitimation unbekannt ist, nach Maßgabe des deutschen Rechtes);

ζ. Bezüglich der Form:

der Antrag tunlichst in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung;

die Einwilligungserklärungen gemäß dem Heimatrechte des Kindes (wenn diesem die Legitimation unbekannt sein sollte, tunlichst gemäß dem deutschen Rechte);

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den Einwilligungserklärungen gemäß dem für die Form dieser geltenden Grundsatze.
Anders als bei der Ehelichkeitserklärung kann die Bestätigung einer Adoption nicht verweigert werden, wenn gesetzliche Hindernisse nicht vorliegen. Das Gericht wird sich deshalb über die streitigen Fragen, die der Hauptsache nach den oben erörterten gleichen, in allen solchen Fällen schlüssig machen müssen.

Art. 23. 1. Das Internationale Abkommen zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige v. 12. 6. 02 (RGBl. **04** 240) ordnet von dem Grundsatze, daß das Gesetz des Heimatstaats maßgebend ist, ausgehend, die Zuständigkeit der Behörden zur Anordnung einer Vormundschaft oder Fürsorge für Ausländer.

2. KG., KGJ. **27** A 164, vgl. **21** A 214, ZIPR. **14** 77, ZBlFrG. **5** 45, R. **04** 194 (922): Das deutsche Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen zu ermitteln, ob die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 EGBGB. vorliegen, ob ein nach deutschem Rechte des vormundschaftsgerichtlichen Schutzes bedürftiger Ausländer auch nach den Gesetzen seines Heimatsstaats der Fürsorge bedarf und ob dieser Staat die Fürsorge übernimmt. Ein vorläufiger Pfleger ist nicht zu bestellen.

3. HansOLG., HansGerZ. **03** Beibl. 55, R. **04** 285 (1321): Der inländische Richter ist nicht gesetzlich verpflichtet, Ermittelungen über die Fürsorgetätigkeit der Heimatsbehörde eines Ausländers anzustellen; solche sind deshalb nicht etwa Voraussetzung der Gültigkeit der Vormundschaft im Inlande.

Art. 24. 1. *Barazetti, ZIPR. **14** 356 ff., Behandlung deutscher Nachlässe in der Schweiz, insbes. im Kanton Zürich — führt aus, daß bei einer Intestaterbfolge in den Nachlaß eines im Kanton Zürich wohnenden Angehörigen des Deutschen Reichs in betreff der Regelung der Beerbung das gesetzliche Erbrecht des Kantons Zürich gemäß Art. 22 schweiz. BG. 25. 6. 91, betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, Platz greift. Hiernach hat das gesetzliche Erbrecht des letzten Wohnorts Geltung, und gemäß Art. 37 schweiz. BG. hat es auch auf die Ausländer in der Schweiz Anwendung zu finden, zumal bis heute kein andere Bestimmungen treffender Staatsvertrag des Deutschen Reichs mit dem Kanton Zürich oder der Schweiz besteht (Art. 34 schweiz. BG.). Mithin greift Art. 24 EGBGB. (der bestimmt, daß Deutsche im Auslande nach deutschen Gesetzen beerbt werden) nicht Platz. § 1960 BGB. findet nicht, wie in Deutschland bei jedem Erbfalle, soweit ein Bedürfnis besteht, Anwendung, sondern die gesetzlichen Erben sind nach Züricher Recht in der Regel befugt, den Nachlaß ohne Mitwirkung der Behörden in Besitz zu nehmen (und nur ausnahmsweise soll in Zürich gerichtliche Inventarisierung und Siegelung gemäß § 925 Züricher BG. stattfinden). Siedelt nach dem Tode des Vaters die deutsche Familie nach Deutschland über, so wird von der Bestellung eines Vormundes, nicht aber von der Inventarisierung abgesehen, da nach eidgenössischem Rechte (Art. 10 schweiz. BG.) die Vormundschaft da zu bestellen ist, wo der zu Bevormundende wohnt. So auch nach Art. 23 EGBGB. (Barazetti, Das internat. Privatrecht f. d. D. Reich 92 ff.). — Bei Absterben des deutschen Erblassers in Zürich mit einem Testament kann, was den Inhalt des Testaments betrifft, der deutsche Erblasser nach Züricher oder deutschem Rechte letztwillig verfügen (gemäß Art. 22 schweiz. BG.). Will nun der Deutsche nach deutschem Rechte testieren, so kann er ganz allgemein in seinem Testament aussprechen, die Beerbung solle nach den Bestimmungen des BGB. vor sich gehen, er kann aber auch unter Anwendung des Rechtes des BGB. nach diesem testieren, was in Zürich meist so geschieht. Im ersteren Falle greifen die Bestimmungen des BGB. in vollem Umfange Platz, soweit sie hier in Betracht kommen (§§ 2303 Satz 2,

1931 Abs. 2, 1640, 1692 BGB.). Jede weitere Anordnung über die Erbfolge hinaus kann übrigens der deutsche Erblasser in seinem Testamente nicht treffen, weil jede darüber hinausgehende Anordnung dem Gesetze des Domizils unterworfen bleibt. Die Erben dürfen sich jedoch nach Art. 24 EGBGB. in betreff der Nachlaßschuldenhaftung nicht bloß auf das deutsche Recht, sondern auch auf das Züricher Gesetz (als am Domizil des Erblassers geltende Recht) berufen, mithin selbst vor den deutschen Gerichten (Barazetti, Das internat. Privatr. 2c. 105—108). Für die Form der Errichtung des Testaments (um gegen Umstoßung gesichert zu sein) ist Art. 24 schweiz. BG. maßgebend, wonach das Testament gültig ist, wenn es in der Form errichtet ist, die dem Rechte des Errichtungsorts 2c., oder auch dem des Heimatlandes des Testators entspricht. Hieraus folgt, daß auch die von Deutschen in Deutschland errichteten Testamente in der Schweiz gelten, falls sie in der in Deutschland am Orte der Errichtung geltenden Form errichtet wurden, sie mithin wegen Übersiedlung des Testators in die Schweiz keiner nochmaligen Errichtung bedürfen und auch ihr Inhalt keiner Ergänzung bedarf, vorausgesetzt, daß in solchen Testamenten nach dem Rechte des Heimatstaats testiert worden ist (Art. 22 schweiz. BG.). Hat die Errichtung des Testaments vor dem 1. 1. 00 (d. h. vor Einführung des BGB.) stattgefunden, so ist jenes Recht das frühere heimatliche Landesrecht des Testators, wenn nicht das des BGB. (Art. 214 EGBGB.). — Will ein Deutscher in der Schweiz testieren, so genügt jede der im Art. 24 schweiz. BG. erwähnten Formvorschriften, mithin auch die des deutschen Rechtes (§ 2231 BGB.). Anlangend die Testierfähigkeit, so bestimmt sie sich nach Art. 7 Satz 2 (Recht des letzten Wohnsitzes), und hier stimmt das Gesetz Zürichs mit dem deutschen Rechte (§ 2229 BGB.) in betreff der erforderlichen Mündigkeit (vollendetes 16. Lebensjahr) überein, nur in betreff der unter Vormundschaft stehenden Personen sind beide Rechte verschieden, indem nach Züricher Recht der bevormundete Verschwender der Zustimmung seines Vormundes zum Testieren bedarf, während er nach § 2229 BGB. überhaupt nicht testieren kann (was also für den in Zürich testierenden Verschwender nicht gilt). War das Testament in Deutschland errichtet, so mußte der Testator nach dem deutschen damals geltenden Gesetze die Testierfähigkeit besessen haben. (Zu vergleichen ist Friedr. Schlatter, Die Behandlung der Verlassenschaften der deutschen Reichsangehörigen im Kanton Zürich u. die Rechtsstellung der Witwen in Zürich. 1900.)

2. *Hörle, R. **04** 372 ff. (auch zu Artt. 25, 26, 27, 28, 29 EG.).

a) Deutsche, die im Auslande wohnen, werden stets nach deutschen Rechte beerbt (Art. 24 EG.).

b) Im Schutzgebiete naturalisierte Reichsangehörige, die nicht zugleich deutsche Staatsangehörige sind, werden vom Reichsfiskus beerbt.

c) Bei Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit ohne Erwerb einer anderen erbt der Fiskus des deutschen Bundesstaats, dem der Erblasser zuletzt angehört hat (Art. 29 EG.).

d) Besaß der Erblasser gleichzeitig die deutsche und eine fremde Staatsangehörigkeit, so gehen sowohl nach der Fassung und dem Geiste der Artt. 7 bis 31 EG. als auch nach der herrschenden Meinung — vgl. Zitelmann, IPR. I 175; Barazetti, IPR. 21; Niemeyer, Vorträge 25; Planck, Kuhlenbeck zu Art. 29 EG.; v. Staudinger das., Gruchots Beitr. **42** 192; v. Bar, Theorie und Praxis des IPR. I 260 gegen Kahn, Iherings J. **30** 65 ff., der die lex domicilii entscheiden lassen will, und Neumann Handausg. zu Art. 29 EG., der die Entscheidung der Prüfung des einzelnen Falles anheimstellt, — die deutsche Staatsangehörigkeit und das deutsche Recht vor, solange nicht ein besonderer internationaler Vertrag ein anderes bestimmt. Wäre im letzteren Falle der

Fiskus des fremden Staates als gesetzlicher Erbe mitberufen, so erhielte jeder gleiche Teile (Planck zu Art. 29).

3. *Gräsel, ThürBl. **51** 124 (betrifft auch Artt. 25—29, 19, 23 EG., § 73 FrGG.): Die Erbfolge in den Nachlaß eines nordamerikanischen Staatsbürgers, der zur Zeit seines Todes im Deutschen Reiche einen Wohnsitz gehabt hat, ist nach deutschen Gesetzen zu beurteilen, und es hat in bezug auf einen derartigen Nachlaß, soweit er sich im Inlande befindet, das Amtsgericht des deutschen Wohnorts des Erblassers die Verrichtungen des Nachlaßgerichts zu übernehmen, also auch ein dahin abgeliefertes Testament des Erblassers zu eröffnen. Kommen in diesem Eröffnungsverfahren die Witwe und nachgelassene Kinder des Erblassers als Beteiligte in Frage und widerstreiten dabei die Interessen dieser denen der Kinder, so bedürfen, mag das nach den amerikanischen Gesetzen, nicht nach deutschem Rechte zu beurteilende Rechtsverhältnis der Witwe zu ihren Kindern sein, welches es wolle, die minderjährigen Kinder des Ausländers der Fürsorge, und es kann im Inlande eine Pflegschaft über sie eingeleitet werden, wenn die Vereinigten Staaten von Nordamerika die Fürsorge nicht übernehmen. Die Ermittelungen, die erforderlich sind, um das festzustellen, hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen vorzunehmen.

Art. 25. Josef, DNotVZ. **4** 199 ff.: Die Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts ist auch dann begründet, wenn der in seinem Bezirke wohnhaft oder aufhaltsam gewesene Erblasser ein Ausländer ist.

Die Auseinandersetzung über den Nachlaß eines Ausländers hat das deutsche Nachlaßgericht abzulehnen, weil dieser nach ausländischem Rechte beerbt wird (Art. 25 EGBGB.).

Art. 27. S. zu Artt. 15, 16, 24, 29.

Art. 29 1. Wieruszowski a. a. O. 41—42: Art. 29 enthält eine Kollisionsnorm für das eheliche Güterrecht, wenn der Ehemann bei Eingehung der Ehe keine Staatsangehörigkeit besaß. Soweit das EG. für das Güterrecht nichtdeutscher Ehen die Anwendung der Gesetze des Heimatsstaats vorschreibt, treten an ihre Stelle die Gesetze des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe zuletzt angehört hatte. War er von jeher heimatlos, so sollen die Gesetze des ersten ehelichen Wohnsitzes, sonst aber die des Aufenthalts zur Zeit der Eheschließung entscheiden. Diese Kollisionsnormen können aber nach Art. 15 Abs. 2 nur dann angewendet werden, wenn entweder die Ehegatten im Reichsgebiete wohnen oder der Ehemann nachträglich die Reichsangehörigkeit erworben hatte.

Für die Fälle mehrfacher Staatsangehörigkeit und mehrfachen Wohnsitzes gibt das EG. keine Entscheidung. Ist eine der Staatsangehörigkeiten die deutsche, so ist das deutsche Güterrecht anzuwenden; treffen zwei ausländische zusammen, so ist die des Ehemanns zur Zeit der Eheschließung zugrunde zu legen. Besitzt er schon zu diesem Zeitpunkte mehrere, so ist das Personalstatut in Anknüpfung an den Wohnsitz und nötigenfalls an den Aufenthalt des Mannes zur Zeit der Eheschließung zu suchen. Der Fall steht dem der Heimatlosigkeit gleich (ebenso Kahn, IheringsJ. **30** 65 ff., 69; Niedner, EG. Art. 29 Anm. 3; Neumann, IPR. 45—47; Silberschmidt, BöhmsZ. 8 100, grundsätzlich auch Niemeyer, IPR. 64, 66; abweichend Planck zu Art. 29 EG. Anm. 2; Zitelmann, IPR. 175, 176).

2. Aus der Rechtsprechung:

a) LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 325 (s. auch Art. 135): Zigeunerkinder, die keine bestimmte Staatsangehörigkeit haben, sind als staatslose Personen zu behandeln und deshalb gemäß Art. 29 in ihren persönlichen Rechtsverhältnissen

den Gesetzen ihres Aufenthaltsorts unterworfen, so auch in betreff der Zwangserziehung.

b) LG. Trier, RheinARB. **21** 72: Art. 29 enthält eine materiell-rechtliche Vorschrift, aber keine Bestimmung darüber, welches Gericht zur Entscheidung berufen ist, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 29 gegeben sind. Diese Zuständigkeitsfrage regelt vielmehr das FrGG. Danach ist für Mündel, die die deutsche Reichsangehörigkeit nicht oder nicht mehr besitzen, die Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts nur gegeben, wenn sie im Inlande wohnen oder sich dort aufhalten.

Art. 30. 1. *Klein, Zur Auslegung des Art. 30 EGBGB., legt dar, daß Art. 30 auch die Ablehnung ausländischen Rechtes unter dem Gesichtspunkte Völkerrechtswidrigkeit umfaßt. Dies, weil die Normen des Völkerrechts, wenn der Staat sie als für sich verbindlich anerkennt und sich dementsprechend einrichtet, einen innerstaatlichen Charakter erhalten und die Verletzung des Völkerrechts einen Verstoß gegen das deutsche Recht bedeutet. — EG. Art. 31, eine hochpolitische Maßregel, würde nicht genügen, um in allen Fällen, wo die Ablehnung ausländischen Rechtes wegen Völkerrechtswidrigkeit not tut, zum Ziele zu führen. (In Übereinstimmung mit Zitelmann, JPR. I. 378—380, und Barazetti, ZJPR. **8** 126—129, gegen Niemeyer, Planck und Niedner, ZJPR. **14** 146—151.)

2. Aus der Rechtsprechung:

a) **RG. 55** 183 ff., ZJPR. **14** 94: Die an einer ausländischen Börse geschlossenen börsenmäßigen Termingeschäfte fallen nicht unter das Verbot des § 50 Abs. 3 BörsG.; Art. 30 EG. kann nicht für dessen Begründung herangezogen werden; § 68 BörsG. ist die ausschlaggebende Kollisionsnorm.

b) BayObLG., R. **04** 450 (1861): Nach Art. 30 EG. muß das an sich dem fremden Rechte unterworfene Rechtsverhältnis nach dem deutschen Rechte beurteilt werden, wenn die Anwendung des ausländischen zu Ergebnissen führt, die mit einem leitenden Grundsatz eines deutschen Gesetzes im Widerspruche stehen. Daher wird durch Spiel- und Differenzgeschäfte, desgleichen durch Börsentermingeschäfte, auch wenn sie im Auslande geschlossen oder zu erfüllen sind, eine Verbindlichkeit nicht begründet, sofern nicht beide Parteien zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts in einem Börsenregister eingetragen sind. (§§ 762, 764 BGB., §§ 66, 68 BörsG. 22. 6. 96.) Daher darf der inländische Richter nicht auf Zahlung einer solchen Schuld erkennen.

3. **RG.** ZJPR. **14** 97, R. **04** 198 (1001): Die Bestimmung des § 6 UWG. ist auch auf üble Nachreden, die im Ausland geschehen sind, anwendbar.

Anhang.

Einzelne Entscheidungen aus dem Gebiet des internationalen Rechtes der Schuldverhältnisse.

1. LG. Hamburg, ZJPR. **14** 82 ff.: Durch Vereinbarung der Maßgeblichkeit eines bestimmten (z. B. des deutschen) Rechtes wird nicht das internationale Privatrecht dieses Rechtes maßgeblich.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 15, ZJPR. **14** 80: Ist bei einem Lieferungsvertrage von den Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen, welchem Recht das streitige im Mai 1900 begründete Rechtsverhältnis unterliegen soll, so ist im Zweifel das Recht des Erfüllungsorts als das vermeintlich gewollte anzuwenden.

3. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 287, ZIPR. **14** 80: Bei der Beurteilung eines mit einem im Ausland wohnenden Verkäufer geschlossenen Kaufvertrages ist maßgebend das von den Vertragschließenden stillschweigend zugrunde gelegte Recht, subsidiär das Recht des Erfüllungsorts.

4. OLG. Hamburg, HansGerZ. **03** Hauptbl. 212, ZIPR. **14** 81: Ein im Auslande abgeschlossenes Kaufgeschäft über Fleisch, dessen Einfuhr nach Deutschland verboten ist, ist nicht unsittlich und gültig.

5. OLG. Hamburg, SeuffA. **59** 63, ZIPR. **14** 79: Auch bei einem nach ausländischem Rechte zu beurteilenden Vertragsverhältnisse kann der Richter das Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. anwenden.

6. OLG. Marienwerder, PosMschr. **04** 10, R. **04** 168 (793): Die Befugnis des Wechselnehmers zur abredegemäßen Ausfüllung eines Blankoakzepts ist nach deutschem Rechte zu beurteilen, wenn das Blankoakzept von einem in Rußland lebenden Deutschen von Rußland aus dem in Deutschland lebenden deutschen Wechselnehmer zugesandt wird.

7. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 39: Nach den bisherigen Gesetzen entscheidet sich auch die Frage der örtlichen Kollision. Als maßgebender Grundsatz des badischen Rechtes ist nach neuerer Entwicklung der Rechtsprechung anzuerkennen, daß bei einem Streite über obligatorische Verpflichtungen zunächst der Vertragswillen in bezug auf das anzuwendende örtliche Recht zu beachten, und daß wenn ein näherer Anhalt nicht vorliegt, im Zweifel das Recht des Erfüllungsorts als das gewollte anzusehen ist.

Art. 31. *Kähler, Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft 84: Art. 31 gilt auch vom Entschädigungsanspruch des Ausländers wegen Strafe und Untersuchungshaft.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Literatur: Stranz, Verhältnis des Reichsprivatrechtes zum Landesprivatrecht, Holtzendorffs Enzyklopädie (6) 763—791.

Art. 34. Ziff. VI. *Wittmaack, SchlHolstAnz. **04** 81 ff.: Die Befugnis, bei Beleidigungen und Körperverletzungen minderjähriger Kinder im eigenen Namen Privatklage zu erheben, steht dem Vater nicht mehr zu. EG. BGB. Art. 34 Abs. VI hat das von einer Vertretungsmacht unabhängige, selbständige Strafantragsrecht des Vaters im § 195 StGB. beseitigt. Aus § 65 StGB. kann es auch dann nicht hergeleitet werden, wenn das verletzte Kind das 18. Lebensjahr bereits vollendet hat. Dieser Paragraph gibt dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen über 18 Jahre kein selbständiges, von dem Rechte des Verletzten unabhängiges, Strafantragsrecht. Er bringt nur zum Ausdruck, daß neben der Befugnis des Minderjährigen über 18 Jahre, den Strafantrag selbst zu stellen, die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters auch für das Antragsrecht bestehen bleibt.

*Rheinstein, JW. **04** 136, 137 gegen Liedtke, JW. **02** 537 u. Löwenstein, DJZ. **02** 364 ff.: Nachdem mit der Änderung des § 195 StGB. das in dieser Bestimmung festgesetzte eigene Antragsrecht des Vaters beseitigt ist, kann dieser nur mehr noch auf Grund des § 65 StGB. als „gesetzlicher Vertreter" im Namen des Minderjährigen Strafantrag stellen. Weder aus Abs. 2 noch aus Satz 2 des Abs. 1 des § 65 StGB. läßt sich das Gegenteil folgern. § 65 Abs. 2 StGB. bestimmt, daß bei Geschäftsunfähigkeit oder vor Erreichung des 18. Lebensjahrs des Verletzten nur der gesetzliche Vertreter für diesen als Vertretenen handeln kann, und Satz 2 des Abs. 1 des § 65 StGB. normiert auch kein eigenes Recht des gesetzlichen Vertreters für seine Person, sondern enthält

nur die Fortdauer des Antragsrechts des gesetzlichen Vertreters in seiner Eigenschaft als Vertreter neben dem eigenen Antragsrecht des über 18 Jahre alten Minderjährigen. Da somit § 65 StGB. dem gesetzlichen Vertreter kein eigenes Antragsrecht verstattet, so kann dieser auch im eigenen Namen für den verletzten Mündel keine Privatklage erheben, indem § 414 Abs. 2 StPO. unter dem Recht, „selbständig" auf Bestrafung anzutragen, die Befugnis begreift, in eigenem Namen und kraft eigenen Rechtes Strafantrag zu stellen. Die Rechtsprechung schwankt, vgl. Löwenstein, DJZ. **04** 399 ff.

Art. 36. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts (Teil II, Abt. 1) 39—41 führt aus (vgl. zu Artt. 15, 16): Art. 36 I EG. (§ 11 GO.) enthält noch weitergehende Schutzvorschriften im Interesse Dritter als die des Art. 16 EG.

a) Die Eigenschaft einer Frau als Ehefrau ist auf ihre Geschäftsfähigkeit in Gewerbebetriebsangelegenheiten ohne Einfluß (§ 11a Abs. 1 GO.), einerlei, ob die Ehegatten ihren Wohnsitz im In- oder Auslande haben, ob der Gewerbebetrieb vom Ehemanne genehmigt ist oder nicht. Dies hat jedoch nur Bedeutung für das der Verfügung des Ehemanns unterliegende Vermögen der Frau, nicht für ihr Sondergut.

b) Auf den Gewerbebetrieb der Frau findet § 1405 BGB. Anwendung, auch wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz nicht im Inlande haben.

c) Bei bewilligtem oder zugelassenem Gewerbebetriebe der Frau haftet für die Verbindlichkeiten aus dem Gewerbebetriebe ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die dem Ehemanne kraft des Güterstandes zustehenden Rechte; im Falle des Bestehens einer ehelichen Gütergemeinschaft haftet auch das gemeinschaftliche Vermögen. Damit werden die für die einheimischen Güterstände geltenden Normen der §§ 1412, 1459, 1460, 1530, 1532 BGB. auch für ausländische Güterstände zur Geltung gebracht.

Art. 41. Mumm, DJZ. **04** 640: Aufnahme und Naturalisation Minderjähriger.

Breit, ZBlFrG. **4** 577, spricht sich gegen die JDR. **1** zu Art. 41 Ziff. 1 mitgeteilte Ansicht Fingers aus, daß der Entlassungsantrag ohne vorherige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schlechthin unwirksam sei.

Art. 42. 1. **RG.** JW. **04** 468: § 1 HaftpflG. nimmt sowohl was den Umfang der Ersatzpflicht als auch die Gründe für deren Ausschließung gegenüber den Fällen der §§ 833—838 betrifft, eine Sonderstellung ein, die es erklärlich macht, daß bei der Anpassung des HaftpflG. an das BGB. durch Art. 42 EG. die Vorschrift des § 840 Abs. 3 BGB. unberücksichtigt geblieben ist; vgl. **RG.** JW. **04** 562/563.

2. **RG. 57** 52 ff., EisenbE. **21** 36 ff.: Die vom BGB. über unerlaubte Handlungen getroffenen Bestimmungen sind nicht auf das HaftpflG. zu übertragen. Dieses ist ein Spezialgesetz und regelt für dessen Gebiet die Schadensersatzpflicht sowohl nach der Person des Ersatzberechtigten als nach Art und Umfang des Schadensersatzes. Der Eisenbahnunternehmer ist daher einem Dritten auf Grund des Art. 42 EG. nicht nach Maßgabe des § 845 BGB. für die entgehenden Dienste des Verletzten ersatzpflichtig, sofern nicht aus einem gleichzeitig gegebenen weiteren Schuldgrund ein Ersatzanspruch auch aus dem allgemeinen bürgerlichen Rechte oder einem sonstigen Sondergesetze begründet ist (vgl. zu Art. 105).

Art. 55. 1. **RG. 55** 256: Art. 55 BGB. ist dahin auszulegen, daß alle seit der Geltung des BGB. begründeten privatrechtlichen Rechtsverhältnisse sich grundsätzlich nur nach dem BGB. bestimmen. Nur soweit für gewisse Materien des Privatrechts die Reichsgesetzgebung Ausnahmen von diesem Grundsatze für die Landesgesetze gemäß dem Schlusse des Art. 55 zugelassen hat, kann von Vor-

behalten zugunsten der Landesgesetze gesprochen werden. Daraus folgt, daß bloße Übergangsvorschriften, die nur den Grundsatz von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze auf früher begründete Rechtsverhältnisse entweder ausdrücklich bestätigen, wie Art. 170, oder durchbrechen oder nur mit gewissen Maßnahmen aufrecht erhalten, überhaupt nicht zu den „Vorbehalten" gehören.

2. OLG. Celle, R. **04** 285 (1322): Über die Frage, ob ein (unmittelbarer oder mittelbarer) Staatsbeamter für ein in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit begangenes Versehen dem Staate (oder dem Kommunalverband), bei dem er angestellt ist, haftet, entscheiden die Landesgesetze, in Preußen die Vorschriften des ALR. II. 10 §§ 68 ff.

3. Pr. OVG. **42** 395; OLG. Marienwerder, PosMschr. **03** 44, DJZ. **04** 45: In Ost- und Westpreußen ist die im öffentlichen Interesse erlassene KabO. v. 18. 8. 37 aufrecht erhalten, wonach Instleute vor der Klagerhebung gegen die Gutsherrschaft die polizeiliche Vermittelung nachzusuchen haben.

Art. 59. *Gräsel, ThürBl. **51** 126: Wenn partikularrechtliche Gerichtskostengesetze bestimmen „Für die Beaufsichtigung von Fideikommissen . . . werden jährlich . . . erhoben" soll damit nicht gesagt sein, es könne in Aufsichtssachen über Famlienfideikommisse von der beaufsichtigenden Behörde eine Gebühr je für ein abgelaufenes Jahr dann nicht erhoben werden, wenn während dieses Jahres eine Beaufsichtigungshandlung überhaupt nicht vorgenommen worden ist. Als Tätigkeit des Gerichts, wofür die Gebühr ausgeworfen ist, kommt in Betracht die Beaufsichtigung des Fideikommisses auf die Zeit vom Inkrafttreten des Gesetzes bis dahin, wo diese Tätigkeit aus irgendeinem Grunde wegfallen sollte. Diese Gesamttätigkeit der Aufsichtsbehörde ist als Ganzes und als die Leistung gedacht; wenn die dafür zu zahlende Gebühr aus Zweckmäßigkeits- oder aus sonstigen Gründen in Teile zerlegt worden ist, z. B. wie hier in bestimmten jährlichen Raten entrichtet werden soll, so wird dadurch die Natur der Gebühr als einer Gegenleistung für geleistete Dienste nicht berührt. Mit dem Zeitpunkte des Wegfalls der Beaufsichtigung wird sich die Leistung der Aufsichtsbehörde und die Gegenleistung des Fideikommißinhabers genau übersehen lassen.

Art. 62. 1. **RG.** JW. **04** 93, SeuffA. **59** 191, R. **04** 193 (906): Die Vorschriften der §§ 1134, 1135 BGB. finden auch auf Rentengüter Anwendung, soweit die Rentengutsgesetze keine entsprechenden landesrechtlichen Sonderbestimmungen enthalten, und sind ferner auch zur Sicherung der Hypothekenzinsen bestimmt.

2. KG., KGJ. **26** A 118 ff.: Die im § 4 des preußischen Rentengutsgesetzes vom 27. 6. 90 vorausgesetzten Vereinbarungen können nicht in das Grundbuch des Renteguts eingetragen worden. Art. 62 EG. enthält ein Sonderrecht der Rentengüter.

Art. 63. *Trautmann, Gruchots Beitr. **48** 330 ff., sucht auf Grund der Materialien zum ALR. nachzuweisen, daß für das Gebiet des Landrechts ein Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen nicht anzunehmen sei. Die öffentlichen Flüsse seien vielmehr, wie die res publicae im ALR. überhaupt, res nullius. Gegen Rausnitz, ebenda **39** 525 ff.

Art. 67. 1. **RG.** **56** 190ff., JW. **04** Beil. 102: Die gütliche Einigung über Abtretung von Grundeigentum zum Bergwerksbetriebe zu Protokoll der Kommissarien der Enteignungsbehörde — Oberbergamt und Bezirksausschuß § 142 PrAllg. BergG. — ersetzt nicht die vorgeschriebene notarielle oder gerichtliche Form, da es über die gütliche Einigung im BergG. keine durch Art. 67 EG. aufrechterhaltene Bestimmungen gibt und sie daher wie jede rechtsgeschäftliche Veräußerung den allgemeinen Bestimmungen des BGB. unterliegt.

2. **RG.** JW. **04** Beil. 187, DJZ. **04** 45: Die Verpflichtungen der Gewerkschaften gegen die Gewerken, insbesondere die mit der Führung des Gewerkenbuches (§§ 103 ff. PrBergG.) verbundenen Obliegenheiten (Umschreibungen, Ausstellung von Kuxscheinen) haben privatrechtlichen Charakter. Daher hat der berechtigte Gewerke eine Klage auf Ausführung (actio pro socio), wenn auch inzwischen ein anderer als Inhaber im Gewerkenbuch eingetragen und ein Kuxschein für ihn ausgefertigt ist. Die scheinbare Analogie mit dem Anspruch aus § 894 BGB. trifft nicht zu.

3. **RG. 57** 187, JW. **04** 243, DJZ. **04** 45: § 904 BGB. greift gegenüber Abwässerung aus Bergwerken nicht ein, weil das Pr. BergG. (§§ 135 ff.) das Verfahren erschöpfend geregelt hat, in dem der Kläger genötigt werden kann, die Benutzung seines Grundstücks für Bergbauzwecke zu dulden.

Art. 69. 1. *Schmidt-Pasing, SeuffBl. **04** 357 ff., behandelt im Widerspruch gegen Planck, Anm. 4 zu Art. 69, die Ansprüche und rechtlichen Befugnisse des Jagdausübungsberechtigten gegenüber dem sein Aneignungsrecht verletzenden Wilderer. Aus dem Begriffe des Jagdrechts und der Veränderungen in dessen materiellem Inhalt durch den Wilderer folgert er, daß das gewilderte Wild herrenloses Gut bleibe, das indes der Aneignungsbefugnis des Jagdberechtigten und dessen erlaubter Selbsthilfe nur in dessen Jagdbezirk unterworfen sei (BGB. § 958 Abs. 2).

Über Schadensersatzansprüche des Jagdberechtigten nach Verbringung des Wildergutes aus seinem Jagdbezirk vgl. oben zu BGB. §§ 249 Ziff. 7a, 250.

2. **RG. 55** 315: Der dingliche Charakter von Rechten, die am 1. 1. 00 auf Grund von Rechtssätzen der der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebiete zur Entstehung gelangt waren, bleibt schon nach EGBGB. Art. 3 weiter bestehen. Zu dieser Kategorie gehören aber nach EG. Art. 69 die landesgesetzlichen Vorschriften über Fischerei. ➵ Abweichend von **RG. 48** 65 ff. — Red. ⇜ S. zu Art. 184 Nr. 3 über Eintragung dieses Rechtes im Grundbuch.

Artt. 70, 71. Ziff. 4. OVG., DJZ. **04** Spruchs. 46, PrVBl. **24** 311: Aus diesen Bestimmungen folgt zwar nicht, daß die Ersatzpflicht, wenn Gärten usw. nicht in Frage sind oder ihretwegen landesgesetzlich von der Ermächtigung kein Gebrauch gemacht worden ist, unbedingt auch bei unterlassener Herstellung von Schutzvorrichtungen besteht. Soviel ergibt sich aber daraus, daß mit einer allgemein begründeten Pflicht zur Herstellung von Schutzvorrichtungen bei Anlagen, die nicht unter die Gärten usw. fallen, überhaupt und bei Gärten usw. so lange nicht zu rechnen ist, als ein entsprechendes Landesgesetz nicht ergangen ist. § 254 trifft zu, wenn den besonderen Umständen nach die Unterlassung von Schutzvorrichtungen auf die Absicht, Schadensersatz zu erzielen, zurückzuführen ist.

Art. 74. Henle, Die Konstituierung von Mietgerechtigkeiten nach bayerischem Rechte, SeuffBl. **04** 389 ff.: Durch Art. 74 EGBGB., Art. 1 BayAG. BGB., BayGewG. v. 30. 1. 68 Art. 7, RGO. § 1 Abs. 2 sind die zu Recht bestehenden realen und radizierten Gewerbsrechte aufrecht erhalten.

Art. 75. *Julius Gierke, VersZ. **4** 340—351: Für Bayern besteht gemäß Nr. 4 des Schlußprotokolls zu dem Vertrage v. 23. 11. 70 betreffend den Beitritt Bayerns zur Verfassung des deutschen Bundes im Hinblick auf eine reichsgesetzliche Regelung des Versicherungsrechts ein Reservatrecht für die Immobiliarversicherung. Es bezieht sich dies nicht bloß auf die gewerbliche, sondern auch auf die privatrechtliche Seite des Versicherungsrechts (vgl. § 125 Abs. 4 RG. v. 12. 5. 01, Art. 2 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes für ein Gesetz über den Versicherungsvertrag). Mit dem Ausdruck „Immobiliarversicherung" ist kein fester Rechtsbegriff zu verbinden; vielmehr haben die Parteien mutmaßlich unter dieser Bezeichnung nur die Feuerversicherung von Gebäuden und

Bauwerken und die Hagelversicherung begreifen wollen. Unter die Gebäudefeuerversicherung fallen auch die Versicherungen von Gebäudebestandteilen und Gebäudezubehörstücken, insofern diese mit den Gebäuden zusammen versichert werden.

Art. 77. 1. *Delius, DJZ. **04** 532 (vgl. JDR. **2** § 89 Ziff. 5a): Für die Haftung des Reichsfiskus ist maßgebend das an dem amtlichen Wohnsitze der Beamten für die Staatsbeamten geltende Landesrecht.

Über die Haftung der Einzelstaaten im Falle des Art. 77 vgl. Delius a. a. O. 527 und JDR. **2** § 89 Ziff. 4, 5b.

2. Aus der Rechtsprechung. Vgl. JDR. **2** (zu Art. 77) Ziff. 5a, 6.

a) **RG. 56** 88: BGB. §§ 31, 89 regeln die Haftung des Staates für den Schaden, den Beamte in Vertretung privatrechtlicher Interessen des Staates oder der Gemeinde zufügen, dagegen Art. 77 EG. und die damit in Verbindung stehenden Landesgesetze (z. B. § 40 ElsAG.) die Frage der Haftung des Staates für den von Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden.

b) OLG. Dresden, OLG. **9** 20 (sächs. Recht): Artt. 77, 218 überlassen der Landesgesetzgebung für die Haftung des Staates die subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu bestimmen. Art. 77 bestimmt jedoch, daß der Staat (analog § 831 BGB.) nur für den Schaden aufzukommen hat, der in Ausübung der dem Beamten anvertrauten öffentlichen Gewalt entsteht. Ob und inwieweit die subjektive und objektive Widerrechtlichkeit der Amtsausübung zur Voraussetzung der Haftpflicht des Staates gehört, wird nicht einmal berührt, bleibt daher nach wie vor auf Grund der landesrechtlichen Normen zu entscheiden.

c) **RG. 55** 171 ff.: Die unvorsichtige Handhabung oder Verwendung von Sprengmaterial aus fiskalischen Beständen durch einen zu dieser Verrichtung von der militär-technischen Verwaltung bestellten Offizier ist keine in Ausübung der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 77 vorgenommene, sondern eine auf privatrechtlichem Gebiete liegende Handlung. Der Staat untersteht daher den gesetzlichen Vorschriften über die dem Eigentümer oder Besitzer wegen der durch seine Sachen verursachten Beschädigungen auferlegten Verpflichtungen und haftet für den einem Dritten zugefügten Schaden gemäß § 831 Abs. 1 BGB., nicht auf Grund der Landesgesetzgebung.

d) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 321: Art. 77 EG. betrifft nicht bloß eine den Einzelstaaten, sondern auch eine dem Reiche für seine Beamten obliegende Haftung.

e) **RG. 56** 215 ff., JW. **04** 52, R. **04** 77 (326), 168 (794): Wenn ein Beamter in seiner Tätigkeit im Dienste der Strafvollstreckung vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einem Gefangenen widerrechtlich einen Schaden zufügt, so ist der Fall des Art. 77 EG. gegeben. Der Beamte selbst wird aus solcher Handlung dem Beschädigten auf Grund der §§ 839, 841 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet; ob auch der Staat für das Verschulden des Beamten und den durch diesen verursachten Schaden einzustehen hat, entscheiden die Landesgesetze.

f) **RG.** JW. **04** 85, RheinA. **100** II 135 ff., R. **04** 194 (923): Art. 89 pr. AGBGB. Ziff. 2 läßt den im übrigen aufgehobenen Art. 1384 code civil für das bisherige Gebiet des französischen Rechtes in Preußen insoweit bestehen, als er gerade die Rechtsmaterie der Haftung des Staates, der Gemeinden usw. für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden betrifft. Der Beamte, der mit den Funktionen des Gerichtsschreibers im Konkursverfahren betraut ist, handelt in Ausübung dieser ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. Der Staat haftet für ihn gemäß Art. 1384 code civil. Die frühere Rechtsprechung hierüber ist als den Rechtsgrundsätzen des französischen Rechtes entsprechend zu billigen. (Vgl. **RG. 54** 19).

g) **RG.** JW. **04** 233, R. **04** 313 (1378): Wenn die örtliche Polizeiverwaltung in Preußen einem Mitgliede des Magistrats übertragen ist, übt dieses die Polizei im Namen des Königs und nicht als Vertreter der Stadt aus (§ 1 pr. G. 11. 3. 50 und Städteordnungen). Für ein Versehen, das bei der Ausübung einer solchen öffentlich-rechtlichen Amtsgewalt begangen ist, haftet zwar der Beamte, nicht aber der Staat oder die Stadt. (Vgl. **RG.** R. **04** 444 (1756).

h) **RG. 55** 364, JW. **03** 129, R. **04** 78 (340): Wenn eine Ortspolizeibehörde innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse für gewerbliche Anlagen, durch die den Bewohnern ihres Verwaltungsbezirkes Gefahren erwachsen können, zur Wahrung des allgemeinen Wohles eine Überwachung anordnet, so fällt deren Tätigkeit, soweit sie diese Aufgabe betrifft, in den Bereich der Ausübung der öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 77 EG. Eine Gemeinde haftet daher für den infolge mangelhafter Überwachung der städtischen Gasleitung durch den städtischen Gasinspektor entstandenen Schaden (sächs. Recht).

i) **RG.** SächsA. **14** 478, Gruchots Beitr. **48** 995, JW. **04** 353, R. **04** 577 (2512): Bei der Erfüllung der Wegebaupflicht handelt es sich, auch wenn sie ausschließlich auf Normen des öffentlichen Rechtes beruht, nicht um Ausübung der öffentlichen Gewalt. Die Haftung der öffentlich-rechtlichen Korporationen bei schuldhafter Nichterfüllung dieser Pflicht ist daher allein nach den allgemeinen Vorschriften in §§ 31, 89, 823 BGB. (**RG. 54** 57 ff.) und, soweit ein Verschulden von Beamten in Frage kommt, die nicht verfassungsmäßige Vertreter der Korporation im Sinne von §§ 30, 31 BGB. sind, nach § 83 zu beurteilen, wohl aber gehört die Handhabung der Polizei (Aufsicht über die öffentlichen Wege) zur Ausübung der öffentlichen Gewalt.

k) **RG.** NaumbAK. **04** 10, R. **04** 628 (2685): Ist die Gemeinde nach der provinziellen Wegeordnung zur Unterhaltung des Weges verpflichtet, so darf sie auch kein Hindernis für die Sicherheit des Verkehrs auf dem Wege dulden. Die Unterhaltung des öffentlichen Weges durch die Gemeinde geschieht nicht in Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt.

l) Über die Haftung des württembergischen Staates für Postbeamte nach Artt. 77 EG., 202 württ. AGBGB. vgl. OLG. **9** 22 (Stuttgart).

m) OLG. Colmar, PuceltsZ. **34** 173 — JDR. **2** Artt. 77ff. Nr. 3 — ist bestätigt durch **RG.** das. **35** 9ff.

Art. 80. 1. **RG. 56** 339, R. **04** 388 (1730): Ansprüche des Staates gegen einen Beamten auf Schadensersatz wegen Verletzung der Amtspflicht dem Staate gegenüber beurteilen sich nach Landesrecht, in Preußen nach ALR. II 10 §§ 88—91.

2. **RG.** R. **04** 17 (20): Die aus dem Beamtenverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten des Staates oder der Kommune und des Beamten bestimmen sich, soweit sie nicht durch die besonderen Vorschriften des öffentlichen Beamtenrechts geregelt sind, nach Analogie des entsprechenden Dienstvertrags des bürgerlichen Rechtes.

Art. 81. **RG. 55** 1 ff., EisenbE. **20** 141, **21** 4 ff., R. **04** 165 (732): Durch Art. 81 sind nur landesgesetzliche Sondervorschriften, welche die Aufrechnung gegen die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus dem Amts- oder Dienstverhältnis abweichend von der Vorschrift des § 394 BGB. zulassen, nicht auch allgemeine Grundsätze des früheren Rechtes, aus denen die Zulässigkeit der Aufrechnung gefolgert wurde, aufrecht erhalten. Für das Gebiet des Königreichs Preußen sind solche Vorschriften nicht ergangen.

Art. 84. KG., KGJ. **27** A 75, OLG. **9** 371, RheinNotZ. **04** 49, 51, ZBl. FrG. **5** 392, R. **04** 333 (1458): Ordensgesellschaften können durch Eintragung

in das Vereinsregister keine Rechtsfähigkeit erlangen. Ihre Eintragung ist unzulässig und daher von Amts wegen zu löschen.

Art. 86. 1. Hörle, R. **04** 369 ff., das Erbrecht des Fiskus und der an dessen Stelle tretenden Persönlichkeiten des öffentliches Rechtes: Als ein nicht vorhandener Erbberechtigter gilt ein Verwandter oder ein Ehegatte des Erblassers, wenn er . . . durch Versagung der staatlichen Genehmigung nach Artt. 87 Abs. 2, 86 Satz 2 EGBGB. weggefallen ist.

2. Aus der Rechtsprechung:

a) KG., BergRZ. **45** 486 ff.: Knappschaftsvereine bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als 5000 Mark der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde.

b) KGJ. **26** A 257 (KG.): Evangelische Kirchengemeinden bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von nur 5000 Mark oder weniger nicht der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde.

c) KG., KGJ. **27** A 273, DJZ. **04** Spruchsamml. 46: Rheinische Landgemeinden bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken der Genehmigung des Kreisausschusses nur bei Werten über 5000 Mark.

Art. 91. BayObLG., R. **04** 362 (1654): Die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung des bisherigen Hypothekenrechts während eines Konkursverfahrens für den Fiskus u. a. richtet sich nach den Vorschriften des vor dem 1. 1. 00 in Geltung gewesenen Konkursrechts.

Art. 94. 1. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 272: Die gesamte Gesetzgebung der Einzelstaaten über die Pfandleiher, auch soweit sie dem BGB. zuwiderläuft, ist durch Art. 94 EG. aufrechterhalten, so PrG. 17. 3. 81 (GS. 265); BayMinBek. 12. 8. 79 (GVBl. 771); SächsG. 21. 4. 82 (GVBl. 100); WürttMVf. 15. u. 28. 5. 82 (RegBl. 83, 200); BadVO. 20. 3. 00 (GuVBl. 533); BremG. 16. 10. 81 (GBl. 129).

2. KGJ. **27** A 201 ff. (KG.): Durch Art. 94 wird die Anwendung des § 2 HGB. auf das Pfandleihgewerbe nicht ausgeschlossen.

Art. 95. 1. Drabert, — Sind die Gesindedienstverträge formlos gültig? — DJZ. **04** 114 führt, indem er die Rechtsprechung des KG. bekämpft, aus, daß die durch § 22 PrGesO. vorgeschriebene Form für Gesindeverträge durch die Formfreiheit des BGB. nicht aufgehoben ist. Denn nach Art. 95 EG. seien, von dem Züchtigungsrecht der Dienstherrschaft abgesehen, alle Bestimmungen, welche dem Gesinderecht angehören, aufrecht erhalten, also auch diejenigen über die Form für den Abschluß von Gesindedienstverträgen.

Diese Ansicht bekämpft Lothholz das. 444, 445, weil die GesO. in betreff der Form der Gesindedienstverträge auf die allgemeinen Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes verweist, nämlich § 131 I. 5 ALR. Diese sind aber nach Art. 4 EGBGB. durch das BGB. außer Kraft gesetzt und dessen Bestimmungen über die Formfreiheit der Verträge an ihre Stelle getreten.

2. Aus der Rechtsprechung:

a) KG. R. **04** 554 (2387): Auch die Vorschriften über die Form des Gesindedienstvertrags sind zu den dem Gesinderecht angehörenden Vorschriften zu rechnen, die nach Art. 95 Abs. 1 Satz 1 unberührt bleiben. Insbesondere sind als fortbestehend zu erachten diejenigen Vorschriften, nach denen abweichend vom bürgerlichen Rechte Gesindedienstverträge noch mit Hingabe nnd Annahme des Mietgelds als geschlossen zu erachten sind. Doch gehören §§ 22, 23 PrGesO. v. 8. 11. 1810 hierzu nicht; denn § 22 ist keine speziell gesinderechtliche Vorschrift, sondern nur eine Ausnahmebestimmung von der Formvorschrift des § 131 I. 5 ALR., die durch das BGB. und PrAGBGB. Art. 89 I 6 ausdrücklich aufgehoben ist. § 23 enthält zwar eine gesinderechtliche Vorschrift, aber keine

zwingende Formvorschrift, sondern nur ein zulässiges Ersatzmittel für die nach § 131 a. a. O. notwendige Form. Sie ist daher mit dieser Bestimmung ebenfalls beseitigt.

b) OLG. 7 476, R. **04** 141 (652) (Stettin): Dienstboten sind nicht befugt, wegen leichter Züchtigung (Ohrfeigen) den Dienst ohne Kündigung zu verlassen.

Art. 105. 1. *Keyßner, R. **04** 3 ff.: Auf Grund der Bestimmungen der Artt. 3, 105 EG. ist in den Ausführungsgesetzen Anhalt Art. 29, Bayern Art 58, Braunschweig § 28, Hessen Art. 74, Lübeck § 60, Reuß ä. L. § 67, Reuß j. L. § 49, Altenburg § 37, Koburg-Gotha Art. 17, Meiningen Art. 12, Weimar § 90, Württemberg G. v. 4. 6. 04 die Haftpflicht des Betriebsunternehmers auf Sachbeschädigung erweitert, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verschulden des Beschädigten verursacht ist. In Preußen ist eine solche Erweiterung auf Sachbeschädigung nicht erfolgt; sie ist auch für Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen mit Dampfbetrieb (PrVG. 28. 7. 92 § 1) ausgeschieden. Eine Vermutung zugunsten des in seiner Sache Beschädigten wird bei der jetzigen freien Beweiswürdigung (ZPO. § 286) als eine Last des unschuldigen Betriebsunternehmers bezeichnet, womit zu sachwidrigen Entscheidungen gelangt würde.

2. Aus der Rechtsprechung:

a) **RG. 57** 55 ff.: Der Vorbehalt des Art. 105 ermächtigt die Landesgesetzgebung, für die dort erwähnten Fälle der Schadenshaftung durch weitere Ausdehnung der Verantwortlichkeit von den Vorschriften des BGB., nicht aber von anderen Reichsgesetzen, namentlich dem HaftpflG. abzuweichen. Der Landesgesetzgebung ist durch Art. 105 nicht freigegeben, Vorschriften über Haftungen wegen Personenbeschädigung beim Eisenbahnbetrieb zu treffen. Derartige landesgesetzliche Bestimmungen (z. B. § 25 PrEisenbG. 3. 11. 38) sind nicht in Kraft geblieben (s. auch zu Art. 42). A. M. Reindl, HaftpflG. 212 ff.; Osterlen, EisenbE. **15** 367 Anm. 1; Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen 14.

b) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 68: Art. 105 EG. hat für die nach dem 1. 1. 00 eingetretenen Schäden eine erweiterte Haftung des Unternehmers eines Eisenbahnbetriebes nach den Grundsätzen der gemeinrechtlichen actio negatoria nicht zur Folge.

Art. 111. OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **35** 611: Die Konzessionserteilung für Anlage und Betrieb einer Bahn begründet für die Anlieger Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse in der Weise, daß sie sich diejenigen Einwirkungen gefallen lassen müssen, ohne die der Betrieb nicht möglich ist (**RG. 7** 266). Dies ist ausdrücklich durch Art. 111 EG. anerkannt.

Art. 113. 1. Küster, Das Recht des Straßenanliegers bei Veränderung des Straßenniveaus, Gruchots Beitr. **48** 745 ff.: Das Recht des Straßenanliegers auf Aufrechterhaltung der zum Verkehre zwischen seinem Hausgrundstück und der Straße erforderlichen Verbindung und bei Änderungen des Straßenniveaus in öffentlichem Interesse, auf Schadensersatz wegen Beeinträchtigung dieses Rechtes, ist ein privat-, nicht öffentlich-rechtliches. Nach altem preußischen Rechte stand den Anliegern, wie Wissenschaft und Rechtsprechung (z. B. **RG. 44** 284, **7** 215, 216; Gruchots Beitr. **46** 629, 630) überwiegend angenommen haben, ein auf einem stillschweigenden Vertrage beruhendes, dienstbarkeitsähnliches Recht an der Straße zu, das ihn im Falle einer im öffentlichen Interesse erforderlichen Veränderung des Straßenniveaus der Gemeinde gegenüber zu Schadensersatzforderungen berechtigte. Streitig ist, ob ein solches Privatrecht auch nach

dem Inkrafttreten des BGB. noch zur Entstehung gelangen kann (Loebell, Gruchots Beitr. 41 46; Bering, das. 44 394; Goldmann-Lilienthal, das. 43 241; Dernburg, BürgR. III (2) 300; Enneccerus-Lehmann, BürgR. I (2) 121; Habicht, Einw. (2) 378 Anm.). Die Erhöhung oder Tieferlegung einer öffentlichen städtischen Straße fällt nicht unter § 907 BGB. Das bisherige Landesrecht, soweit es in Betracht kommt, ist durch Art. 124 EG. nicht aufrechterhalten. Dieser findet auf das Recht des Straßenanliegers keine Anwendung; denn das Nachbarrecht, das er betrifft, umfaßt nicht das Rechtsverhältnis zwischen Straßenanlieger und Straßeneigentümer. Eine landesgesetzliche Bestimmung, auf Grund deren der Anlieger ein Recht auf ungeschmälerte Verbindung seines Hauses mit der Straße hatte und das Eigentum an der Straße einer entsprechenden Beschränkung zugunsten der Anlieger unterworfen war, bestand in Preußen vor dem 1. 1. 00 nicht, auch nicht durch das Fluchtliniengesetz vom 2. 7. 75, und kann deshalb durch Art. 124 nicht aufrechterhalten sein. Dagegen sind durch Art. 113 die landesgesetzlichen Vorschriften über die Regulierung der Wege, also auch der städtischen Straßen aufrechterhalten (Eger, EnteigG. (2) I 404; Loebell a. a. O. 51 ff.; Dernburg a. a. O. 203). Demnach ist für Preußen das gesamte Rechtsverhältnis zwischen den Straßenanliegern und der Gemeinde als Straßeneigentümerin, soweit es auf den Vorschriften über die Regulierung städtischer Straßen, nämlich dem Fluchtliniengesetze beruht, vom neuen Recht unberührt geblieben, also auch das Privatrecht des Straßenanliegers auf die ungeschmälerte Verbindung seines Hauses mit der Straße. Auf Grund jenes stillschweigenden Vertrages zwischen Straßenanlieger und Gemeinde entsteht aber nach dem 1. 1. 00 nicht ohne weiteres ein dingliches Recht des Straßenanliegers an der Straße, auch nicht nach Art. 128, sondern es bedarf dann gemäß § 872 BGB. der Eintragung im Grundbuche. Erfolgt diese nicht, so besteht nur ein Schuldverhältnis zwischen dem Straßenanlieger und der Gemeinde. Insofern ist seit dem 1. 1. 00 eine Änderung des Rechtszustandes eingetreten, und dies ist von Bedeutung für die Enteignung und die Entschädigungsansprüche des Anliegers im Falle einer Veränderung des Straßenniveaus.

2. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege in Preußen (1904) § 33: Unter den zweiten Satz dieses Artikels fällt insbesondere das PrG. v. 2. 4. 87 betr. die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten (GS. 105).

3. KGJ. 28 A 23, OLG. 9 432 (KG.): Die Spezialkommissionen in Preußen sind für die Aufnahme von Erbscheinverhandlungen nicht zuständig. Der Vorbehalt des Art. 113 kann auf die reichsrechtlichen Vorschriften über den Erbschein nicht bezogen werden, weil sie dem Erbrechte, nicht dem Agrarrecht angehören.

4. *Spieß: Vgl. auch die Bemerkungen zu §§ 275, 276, 280, 281, 595, 873 (875), 883, 1090, 1094, 1105, 892, 1018, 1037, 1180, 1821 BGB.; §§ 2, 3, 8, 39, 62, 42, 57 GBO.

Art. 114. KG., OLG. 7 374, R. 04 49 (239): Domänenamortisationsrenten bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung in das Grundbuch. Mit Zahlung des Ablösungskapitals hört die Rentenpflicht kraft Gesetzes auf, nicht erst mit der Löschung im Grundbuch.

Art. 125. **RG.** R. 04 617, DJZ. 04 746 (im Aufsatz von Keyßner, Haftpflicht der Eisenbahnen für Sachbeschädigung): Preußen hat von der der Landesgesetzgebung in den Artt. 125, 218 EG. erteilten Befugnis nicht Gebrauch gemacht, weil das BGB im Zusammenhange mit der preußischen Gesetzgebung (§§ 11 Abs. 2, 42 KleinbahnG. 28. 7. 92; AusfAnweis. zu § 11 EisenbVOBl. 98 235; BahneinhG. 8. 7. 02, GS. 02 238, § 25 PrEisenbG. 8. 11. 38, Art. 9 PrVerf.;

§ 75 Erlaß z. PrALR.; Art. 89 PrAGBGB.) für ausreichend zum Schutze der Anlieger von Kleinbahnen gegen Schädigung durch Kleinbahnbetrieb erachtet hat.

Art. 127. KGJ. 26 A 115 (KG.): Zur rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums ist bei einem im Grundbuche nicht eingetragenen, bisher von dem Buchungszwange befreiten Grundstücke die vorherige Anlegung eines Grundbuchblatts für den Veräußerer erforderlich, wenn der Erwerber nicht gleichfalls von dem Buchungszwange befreit ist.

Art. 134. 1. *Krug, Zum Gesetze über religiöse Kindererziehung, HessRspr. **5** 87 ff., 94 ff. (vgl. auch KGJ. **20** A 139, 203, **21** A 37, **24** A 29, JDR. **2** zu § 134): Soweit die Landesgesetze Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder nach dem Tode des Vaters enthalten, fehlt es gegenüber der Mutter, der die elterliche Gewalt zusteht, reichsrechtlich an einem Mittel zur Erzwingung des Gesetzeswillens. Wenn nicht das Landesgesetz hierüber Bestimmungen trifft (wie z. B. lüb. AGBGB. § 115), stellt es sich in diesem Punkte als lex imperfecta dar. Gegenüber der andersgläubigen Mutter kann vielleicht § 1665 BGB. aushelfen.

2. KGJ. **28** A 12 (KG.): Die landrechtlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Pflegekinder (PrALR. II. 2 §§ 74 ff., 753 ff., Deklaration v. 21. 11. 1803) haben seit dem Inkrafttreten des BGB. keine Geltung mehr.

Art. 135. 1. *Best, R. **04** 177—181, kommt in seinen Ausführungen über das Verhältnis der Zwangserziehung im Sinne des Art. 135 EGBGB. zu der Anordnung der Unterbringung nach den §§ 1666, 1838 BGB. zu folgenden Ergebnissen:

a) Die Zwangserziehung im Sinne des Art. 135 EGBGB. ist sachlich etwas anderes als die Anordnung der Unterbringung nach den §§ 1666, 1838 BGB. Der Vorbehalt des EG. erstreckt sich nur auf die öffentliche Zwangserziehung. Die Vorschriften der Landesgesetze über die Zwangserziehung finden deshalb nur insoweit Anwendung, als die öffentliche, d. h. die unter der Aufsicht einer staatlichen oder kommunalen Behörde stattfindende zwangsweise Erziehung eines Minderjährigen in Frage kommt. In einem Falle, in dem nach den Vorschriften des Landesrechts eine solche nicht stattzufinden hat, ist für den Richter, der auf Grund der §§ 1666, 1838 BGB. die Unterbringung eines Kindes anordnen will, allein das Reichsrecht maßgebend. Die landesrechtlichen Vorschriften über die Zwangserziehung sind alsdann für ihn weder für das Verfahren, noch die Altersgrenze, noch die Mitwirkung der Verwaltungsbehörden, noch in einem anderen Punkte verbindlich.

b) Weder aus dem Wesen der öffentlichen Zwangserziehung noch aus den Bestimmungen des BGB. oder des EGBGB. geht hervor, daß diese als eine bloß subjektive Maßregel zu betrachten sei. Die Frage, ob dies der Fall ist, d. h. die öffentliche Zwangserziehung nur dann angeordnet werden darf, wenn sichergestellt ist, daß sich ihr Zweck auf eine andere Art nicht erreichen läßt, kann deshalb nur auf dem Boden des einzelnen Landesgesetzes beantwortet werden. Während einzelne deutsche Landesgesetze sie nur als eine subsidiäre Maßregel zulassen, andere dagegen sie unter Ausschluß jeder anderen Unterbringung in allen Fällen vorschreiben, in denen die Voraussetzungen der §§ 1666, 1838 BGB. gegeben sind, erscheint nach wieder anderen die öffentliche Zwangserziehung weder als eine subsidiäre, noch als eine an erster Stelle zutreffende Maßregel. Der Richter hat nach den zuletzt bezeichneten Gesetzen die Wahl, ob er auf Grund des BGB. eine nicht unter öffentlicher Aufsicht erfolgte Unterbringung oder auf Grund des Landesrechts die öffentliche Zwangserziehung anordnen will Die Entscheidung wird der Richter davon abhängig zu machen haben, welches der beiden Mittel aus allgemeinen Gesichtspunkten oder mit Rücksicht auf be-

sondere örtliche oder persönliche Verhältnisse für den Zweck, die Gefährdung des körperlichen oder geistigen Wohles des Kindes zu verhüten, im Einzelfall am tauglichsten erscheint.

2. a) Schmidt, Pr. VerwBl. 25 73, gibt eine statistische Übersicht über die Entwickelung der Fürsorgeerziehung in Preußen in den beiden ersten Jahren seit Geltung des FürsErzG. und weist darauf hin, daß der Rückgang der Überweisungen aus § 1[1] Ges. im zweiten Jahre auf die Rechtsprechung des KG. zurückzuführen sei; er erörtert und verteidigt dann den Standpunkt des KG. über das Verhältnis von Armenpflege und Fürsorgeerziehung. Die Grenzlinien müssen nicht im Verhalten der Eltern, sondern im Verhalten der Kinder gesucht werden; nicht der Grund, sondern der Grad der sittlichen Beschaffenheit ist zur Entscheidung darüber festzustellen, ob einfache Wegnahme genüge oder weitergehende Maßnahmen erforderlich seien; das KG. will keineswegs die Fürsorgeerziehung nur bei Kindern, die selbst (subjektiv) bereits verwahrlost sind, anwenden, sondern vielmehr nur die Fürsorgeerziehung bei Kindern ausschließen, die noch gar nicht verwahrlost sein können oder trotz der häuslichen Verhältnisse noch durchaus brav und ordentlich sind.

b) Dagegen Schiller, Pr. VerwBl. 25 255: Da das Verschulden der Eltern das maßgebende Moment für die Überweisung aus § 1[1] ist, ist stets nach dem Grunde der Verwahrlosung zu forschen, während es auf den Grad nach § 1[1] nicht ankommt; auch körperliche Verwahrlosung genügt. Nach der Rechtsprechung des KG. kommen sittlich noch nicht verwahrloste, wohl aber der Verwahrlosungsgefahr ausgesetzte oder nur körperlich verwahrloste Kinder nicht in Fürsorgeerziehung; besondere Erziehungsmaßnahmen sind nur bei solchen nötig, die schon Schritte auf dem Wege der sittlichen Verwahrlosung getan haben. Der Grundirrtum des KG. liegt in der Annahme, daß durch den Spruch des Vormundschaftsgerichts armenrechtliche Hilfsbedürftigkeit herbeigeführt werden könne.

c) Gegen Schmidt auch Altona, PrVerwBl. 25 449 ff.: Bei sittlich noch unverdorbenen Kindern ist nach der Rechtsprechung des KG. Fürsorgeerziehung regelmäßig ausgeschlossen. Ausnahmen sind: α. Alter des Kindes über 14 Jahre; β. Nichtanerkennung der Unterstützungspflicht des Armenverbandes durch die zuständige Verwaltungsbehörde; γ. Notwendigkeit, wegen des elterlichen Einflusses das Kind auswärts unterzubringen; bei körperlicher Verwahrlosung nur im Falle eingewurzelter unreinlicher Angewöhnung und ähnlicher körperlicher Fehler; § 1[1] FürsErzG. kommt dabei nicht zu angemessener Bedeutung.

3. Pitel, ZBlFrG. 5 233 ff., erörtert kritisch die Rechtsprechung des KG. (s. IDR. 2 zu Art. 135 Ziff. 20 u. 21 a): er wendet sich gegen den Versuch, aus den Worten „geeigneten Falles" im § 1 Abs. 2 PrAG. 8. 3. 71 zum UWG. eine erhöhte Pflicht der Rücksichtnahme der Armenpflege auf das Wohl der ihr anheimfallenden Kinder herzuleiten, da in jenen Worten keine Erweiterung der Aufgaben der Armenpflege über die anderwärts im Gesetze festgelegten engen Grenzen hinaus enthalten sei, die Armenverbände vielmehr die Sorge für das geistige und sittliche Wohl der ihnen anheim fallenden Kinder den Vormundschaftsbehörden überlassen durften; ferner behandelt er eingehend die Frage, ob und inwieweit eine Nachprüfung der Zweckmäßigkeitserwägungen der Instanzgerichte durch das Kammergericht statthaft sei, und kommt zu dem Ergebnisse, daß das Vormundschaftsgericht wie im Falle des § 1666 BGB. bei der Wahl der Mittel, so auch bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung nach freiem Ermessen handele, die Subsidiarität der Fürsorgeerziehung nur bedeute, daß sie erforderlich sein müsse, gerade wie jede andere Maßnahme aus § 1666, und daß auch die hierbei angestellten Erwägungen allgemeiner Art der Nachprüfung in dritter Instanz entzogen seien. Pitel nimmt auch, entgegen dem KG., OLG.

7 94 an, daß das Vormundschaftsgericht von jedem Einschreiten absehen könne, wenn es auch das wirksamste Mittel, die Fürsorgeerziehung, im Einzelfalle für unwirksam halte (s. a. ZBlFrG. **4** 8).

4. Cordes, OldZfVuR. **30** 210: Der Grundsatz der Subsidiarität der Fürsorgeerziehung gilt nicht in Oldenburg.

5. a) Pitel, ZBlFrG. **5** 235** (wie JDR. **2** zu Art. 135 Nr. 16): Der Pfleger ist nicht nur Handlanger des Vormundschaftsgerichts, sondern hat einen selbständigen Rechte- und Pflichtenkreis.

b) Die JDR. **2** zu Art. 135 Nr. 20 mitgeteilte Entscheidung findet sich auch ZBlFrG. **5** 377 ff.

6. Über Vorschläge zur Ausdehnung des § 1[1] PrFürsEG. auf alle geistig oder leiblich gefährdeten Kinder, die von ihren Eltern aus erzieherischen Gründen getrennt werden müssen, s. KrimPsychMSchr. **1** 66 (daselbst Kritik der kammergerichtlichen Rechtsprechung).

7. Aus der Rechtsprechung:

a) Die JDR. **2** zu Art. 135 unter 5a und 18 Abs. 2 mitgeteilten Beschlüsse des KG. finden sich auch PrVolksschulA. **3** 240, 61.

KG., KGJ. **27** A 22, PrVolksschulA. **3** 228 ff.: Der gesetzliche Vertreter eines über 14 Jahre alten Minderjährigen kann nicht in dessen Namen Beschwerde im Fürsorgeerziehungsverfahren einlegen, wenn er nicht bevollmächtigt ist, sondern nur im eigenen Namen (§ 4 PrFürsErzG.).

b) OLG. 8 373 (KG.): § 12 PrFürsEG. bezweckt keine gesetzliche Vormundschaft, sondern Bestellung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht.

c) BayObLG. 5 294: Die Unterbringung eines erziehungsbedürftigen Kindes auf öffentliche Kosten auf Grund des Art. 81 Abs. 2 bayr. PolStG., Art. 162 I Abs. 2 bayr. AGBGB. ist Zwangserziehung im Sinne des Art. 1 des Ges. v. 10. 5. 02 und fällt nicht unter Art. 11 Abs. 2 Ziff. 4 (n. F.) G. über d. öff. Armen- u. Krankenpflege.

d) PrOVG., DJZ. **04** 1094: Die Kosten der Überführung in eine Erziehungsanstalt zufolge eines Beschlusses auf vorläufige Unterbringung zur Fürsorgeerziehung sind der Polizeibehörde von dem zur Ausführung der Fürsorgeerziehung verpflichteten Kommunalverbande zu erstatten.

e) BayObLG. **5** 41: Die zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens bestimmte Zwangserziehung (Art. 1[3] bayr. G. 10. 5. 02) kann schon angeordnet werden, wenn die Verwahrlosung in der Entwickelung begriffen ist, und, falls sie nicht aufgehalten wird, zu völligem sittlichen Verderben führen wird.

f) BayObLG. **4** 153, SeuffBl. **04** 445: Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß, der die Zwangserziehung ablehnt, ist unbefristet (Art. 4 Abs. 3 bayr. ZwangserzG.).

Auch dem Pfleger der Kindes steht das Beschwerderecht zu. Eine Nachprüfung in der Richtung, ob das Beschwerdegericht nicht den von ihm für maßgebend erachteten Umständen zu viel, anderen dagegen zu wenig Bedeutung beigelegt hat, steht dem Gerichte der weiteren Beschwerde nicht zu. Ebenso BayObLG. **4** 225, **5** 40.

g) BayObLG., R. **04** 362 (1655): Die Unterbringung, die bei einem erziehungsbedürftigen Kinde zum Zwecke der Erziehung geschehen muß, ist als eine das Recht der Sorge für die Person des Kindes beschränkende Maßregel nach Art. 135 EG. und § 55 StGB. nur auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts statthaft. Diese kann nur unter den im Zwangserziehungsgesetz bestimmten Voraussetzungen erlassen werden. Eine in solcher Weise anzuordnende Unterbringung auf öffentliche Kosten ist Zwangserziehung.

h) LG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 324, ZBlFrG. **5** 565: Im Art. 135 EG. ist das Wort Vormundschaftsgericht im weiteren Sinne, d. h. als Gattungsbegriff für diejenigen Gerichte, denen allgemein die Behandlung und Entscheidung familienrechtlicher Angelegenheiten außerhalb der streitigen Gerichtsbarkeit zukommt, auszulegen. — Die örtliche Zuständigkeit wird nach § 2 Abs. 2 des BadZwErzG. durch das FrGG. bestimmt, es ist also § 43 FrGG. maßgebend, bei wohnsitzlosen Zigeunerkindern also das Gericht des Aufenthaltes zur Zeit, als das Gericht mit der Anordnung der Zwangserziehung befaßt wurde; sind sie „staatslos", so sind sie nach Art. 29 EGBGB den Gesetzen des Aufenthaltes unterworfen; sind sie nicht badische Deutsche, so ist die Zwangserziehung nach badischem Recht gemäß § 1 Abs. 2 BadZwErzG. zulässig, wenn (durch den Aufenthalt) die Zuständigkeit eines badischen Vormundschaftsgerichts begründet ist. S. a. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 3: es ist gleichgültig, ob der Aufenthalt ein freiwilliger oder gezwungener ist, und nicht erforderlich, daß es ein länger dauernder oder der gewöhnliche Aufenthalt ist.

Art. 136. 1. Langsdorff, R. **04** 537 ff., über die sog. Generalvormundschaften (Art. 78 § 4 PrAGBGB.):

a) „Gesetzliche Vormundschaft" liegt vor, wenn das Ortsstatut ein für allemal den Beamten bezeichnet, der als Vormund tätig werden soll („der jeweilige Armensekretär") oder doch zwar die Bestimmung des Generalvormundes ihrem Gemeindevorstand überläßt, aber alle in betracht kommenden Minderjährigen der Gemeindevormundschaft unterstellt. Das Ortsstatut kann aber auch nur die Zulässigkeit der Übertragung der Rechte des Vormundes auf einen Beamten aussprechen, die Übertragung selbst aber einer besonderen Verfügung des Ortsvorstandes im Einzelfalle überlassen, die dann der die Vertretungsmacht des betreffenden Beamten begründende Akt ist (Konkurrenz der Zuständigkeit von Gericht und Gemeinde); in letzterem Falle kann nicht von einer kraft Gesetzes eintretenden Bevormundung gesprochen werden. Bestimmt das Ortsstatut selbst nicht den Beamten, so ist darin nicht etwa, wie Stranz-Gerhard zu Art. 78 annehmen, nur eine Berufung (Art. 136³ EG.) mit dem Erfordernis der Bestellung durch das Vormundschaftsgericht zu erblicken.

b) Da mit der Übertragung der alle Rechte enthaltenden Generalvormundschaft oder der Feststellung des Gemeindevorstandes, daß diese Generalvormundschaft einzutreten habe, das Amt des bisherigen Vormundes erlischt, so ist genaue Feststellung des Zeitpunktes sowie Beschleunigung der Mitteilung an das Gericht erforderlich.

c) Neben dem Generalvormund bleiben die dem Vater oder der ehelichen oder unehelichen Mutter zustehenden Rechte der Personensorge (§§ 1696, 1697, 1702, 1738, 1765, 1676, 1698, 1707 BGB.) unberührt. Ebenso Planck, Anm. 1 g zu Art. 136; a. A. OLG. Hamburg, IDR. **2** Nr. 2 zu Art. 136.

d) Das Aufsichtsrecht des Gerichts besteht auch gegenüber dem Gemeindevormund; ist derselbe auch Gemeindebeamter, so hat sich doch der Gemeindevorstand jeder Einwirkung auf die Führung des vormundschaftlichen Amtes zu enthalten, das gerichtliche Aufsichtsrecht hat den Vorzug vor der Dienstaufsicht.

e) Bestellung eines anderen Vormundes nur, wenn das Interesse des Mündels es erfordert (dienstliche Überlastung des Generalvormundes usw.).

2. KGJ. **27** A 155 (KG.): Für die Bestellung des Vorstandes einer unter staatlicher Aufsicht stehenden Erziehungsanstalt zum Vormunde der auf Grund der §§ 3 ff. PrFürsErzG. (2. 7. 00) in der Anstalt oder unter Aufsicht des Vorstandes der Anstalt in einer von ihm ausgewählten Familie untergebrachten Zöglinge ist nicht das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Anstalt liegt, sondern das Vormundschaftsgericht zuständig.

Art. 139. OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 31, 32: Art. 139 stellt der Landesgesetzgebung frei, um sie vor den Folgen der Schenkungen durch die von ihnen unterstützten Armen zu schützen, der Armenanstalt einen Pflichtteilsanspruch gegenüber dem Armen zuzusprechen und die Höhe des Pflichtteils beliebig, also auch zu bestimmen, daß der Pflichtteil dem gesetzlichen Erbteil gleichkomme, die ganze Erbschaft ausmache und so der Armenanstalt die Möglichkeit zu gewähren, auf Grund der §§ 2329, 2330 BGB. von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks zu fordern.

Art. 141. 1. *Geib, WürttZ. **46** 134 ff.: Unrichtig ist die im Planckschen Kommentar zum EGBGB., sowie in der Handausgabe des BGB. von Achilles und Fischer-Henle vertretene Auffassung, daß Württemberg von dem Vorbehalt des Art. 141 EGBGB. Gebrauch gemacht und demzufolge für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, welche nach den Vorschriften des BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, nur die Notare für zuständig erklärt habe. Vielmehr sind in Württemberg für die Beurkundung solcher Rechtsgeschäfte neben den Notaren auch die Amtsgerichte zuständig.

2. Keidel, Zuständigkeit für die Beurkundung des Vaterschaftsanerkenntnisses in Bayern, SeuffBl. **04** 149 ff.: Art. 141 EG. kann auf die Fälle des Vaterschaftsanerkenntnisses nicht direkt Anwendung finden. Der dort der Landesgesetzgebung eingeräumte Vorbehalt betrifft nur die Fälle, in welchen das BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt. In den §§ 1718, 1720 Abs. 2 BGB. ist dagegen von öffentlicher Beurkundung die Rede, und erst § 167 Abs. 2. FGG. regelt ergänzend die Zuständigkeit. Weil sich aber aus §§ 1718, 1720 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 167 FGG. eine Beurkundung durch ein Gericht oder einen Notar ergibt, kann deshalb nicht der Vorbehalt des Art. 141 auf diese Fälle Anwendung finden. Auch aus § 189 FGG. kann dies nicht gefolgert werden. Daher besteht gegenüber der Vorschrift des § 167 Abs. 2 Satz 2 FGG. kein Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung in der Richtung, daß die Zuständigkeit zwischen Amtsgerichten und Notaren abgegrenzt, die eine oder die andere ausgeschlossen werden könnte, weil weitere Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung nicht geschaffen sind. Der Vorbehalt des § 191 FGG. hat hierher keinen Bezug (ebenso Dorner, FGG. § 167 Anm. 6c). Die Zuständigkeit für die Beurkundung von Vaterschaftsanerkenntnissen gemäß §§ 1718, 1720 Abs. 2 BGB. ist somit ausschließlich reichsrechtlich geregelt; die Amtsgerichte sind also in allen vorkommenden Fällen auf Grund des § 167 FGG. zuständig, gleichviel ob das Kind, zu dem der Erklärende sich als Vater bekennt, unter Vormundschaft steht oder nicht.

Art. 145. 1. OLG. Dresden, ZBlFrG. **5** 31, SeuffA. **59** 142: Daraus, daß nach Landesgesetz (SächsG. 15. 6. 00 § 104) hinterlegtes Geld in das Eigentum des Staates übergeht, folgt nicht die Verpflichtung zur Verzinsung. § 698 BGB. greift nicht Platz. Die Verzinslichkeit öffentlich hinterlegter Gelder richtet sich gemäß Art. 145 EGBGB. nach Landesgesetz.

2. PrKompetKonflGH., EisenbE. **21** 55 ff., DJZ. **03** 655: Bei Klagen gegen die Hinterlegungsstelle auf Auszahlung des hinterlegten Betrags bleibt es auch unter dem neuen Rechte (EG. Art. 145) dabei, daß bei Prüfung des Nachweises der Empfangsberechtigung die Hinterlegungsstelle als Vertreterin der Staatshoheit, nicht allein des Fiskus handelt und der Rechtsweg gegen ihre Verfügungen ausgeschlossen ist.

Art. 153. OLG. **8** 12, ZIPR. **14** 92, R. **04** 141 (650) (Dresden): Nach den über die zeitliche Herrschaftsgrenze des neuen Rechtes in den Artt. 153 ff. getroffenen Bestimmungen ist zu prüfen, welches zeitliche Recht auf die vor 1900 entstandenen Rechtsverhältnisse Anwendung zu finden hat. Ergibt

diese Prüfung die Anwendung desjenigen Rechtes, das bei Entstehung jener Rechtsverhältnisse galt, so sind auf diese auch die früheren, die örtliche Rechtskollision regelnden Bestimmungen, die einen Teil des jeweilig gültigen Rechtes bilden, nicht aber die in Artt. 7 ff. EG. enthaltenen Vorschriften des internationalen Privatrechts anzuwenden.

Art. 163. OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 433: Rechtsfähige Vereine des früheren gemeinen Rechtes ohne juristische Persönlichkeit unterstehen seit dem 1. 1. 00 nicht den Vorschriften des BGB. über rechtsfähige Vereine und Stiftungen, sondern, abgesehen von den für nicht rechtsfähige Vereine bestehenden Sondervorschriften (BGB. § 54, ZPO. §§ 50, 735; KO. § 213), für das Verhältnis nach außen und innen, besonders für das des Vorstandes zu dem der Mitglieder, dem bisherigen Rechte.

Art. 164. 1. Kriener, Rechtsverhältnisse an Brechstuben (Flachsbrechhäusern), SeuffBl. **04** 110 ff.: Dies sind nach bayerischem Rechte Gemeinschaftsverhältnisse der Brechstubenbesitzer im Sinne des Art. 164 EG.

2. *Kluckhuhn, Recht d. Wirtschaftswege § 33: Unter den Vorbehalt des EGBGB. Art. 164 fallen insbesondere die in jeder Dorf- und Stadtfeldmark bestehenden Realgemeinden, welchen die landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke, wie Wirtschaftswege, Triften, Trankstätten, Lehm-, Sand-, Kiesgruben und ähnliche zur gemeinschaftlichen Benutzung gehören. Sie bilden sogar den Kern der im Art. 164 gedachten Verbände.

Art. 167. 1. Radloff, Die rechtliche Natur des sinkenden Fonds bei dem Großh. Meckl. Domanialkapitalfonds und dem ritterschaftlichen Kreditverein, MecklZ **22** 291 ff., 370 ff.

2. Aus der Rechtsprechung.

RG. 55 258: Art. 167 enthält in Wirklichkeit keine bloße Übergangsvorschrift, keine Regelung bestimmter, schon unter dem früheren Rechte begründeter Rechtsverhältnisse, obwohl er unter den Übergangsvorschriften steht, sondern eine Aufrechterhaltung der Landesgesetzgebung für eine ganze Rechtsmaterie, nur beschränkt auf die bei dem Inkrafttreten des BGB. bereits bestehenden landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten, wie sich dies deutlich aus Art. 218 ergibt.

OLG. **5** 256 ff. (KG.), BayObLG. u. **RG.** ZBlFrG. **3** 293 ff., 791 ff.: Nach den Satzungen der landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten (Art. 167 EGBGB.) haben die Schuldner Beiträge in Form von Zinszuschlägen zu einem besonderen, zum Abtrag der Kapitalschuld bestimmten Fonds zu leisten. Wesen und Rechtsverhältnisse dieses sog. Amortisationsfonds oder sinkenden Fonds sind durch die Satzungen der verschiedenen Kreditanstalten in den Grundzügen gleichartig, im einzelnen abweichend gestaltet.

Die Amortisationsbeiträge sind keine Nebenleistungen im Sinne der §§ 1115, 1178 BGB. Sie bedürfen daher nicht der Eintragung ins Grundbuch. Die Entstehung einer Eigentümergrundschuld ist nicht ausgeschlossen.

Art. 168. RG. JW. **04** 466, R. **04** 530 (2262): Die Entziehung der Befugnis zur Verfügung über das Erbrecht der Vorerbin, die durch die vor dem 1. 1. 00 eröffnete letztwillige Verfügung angeordnet war, bleibt auch nach dem 1. 1. 00 bestehen, und wird durch § 157 BGB. nicht beeinflußt.

Art. 169. 1. Bendix, R. **04** 247: Zur Auslegung des Art. 169 Abs. 2 Satz 1 EGBGB. (Ablauf der abgekürzten Verjährungsfrist): Die kürzere Verjährungsfrist des neuen Rechtes wird bei laufender Verjährung von dem Inkrafttreten des BGB. (1. 1. 00, Art. 1 EG.) an berechnet. Daher nimmt die Frist gemäß §§ 186, 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 ihren Beginn am 1. 1. 00 und endet, einerlei ob ein-, zwei- oder mehrjährig, am 31. Dezember eines folgenden Jahres.

Kaufleute können daher ihre vor dem 1. 1. 00 entstandenen Ansprüche aus Leistungen für den Gewerbebetrieb ihrer Schuldner nicht mehr im Jahre 1904 geltend machen (PrG. 31. 3. 1838).

2. Aus der Rechtsprechung. Vgl. auch zu Art. 201.

a) **RG. 56** 253, JW. **04** 109: Die Anwendung dieser Vorschrift ist nicht auf die Fälle beschränkt, bei denen dem nach altem Rechte begründeten Anspruch ein juristisch völlig gleichartiger des neuen Rechtes entspricht. Vielmehr ist im einzelnen Falle nur zu fragen, ob der nach bisherigem Rechte begründete Anspruch den konkreten Umständen nach auch gemäß dem Rechte des BGB. begründet sein würde. Trifft dies zu, so findet Art. 169 Anwendung. (Resiliationsklage des französischen Rechtes, Art. 1184 code civil, §§ 459, 477 BGB.)

b) **RG.** JW. **04** 110: Die nach dem ALR. unverjährbare Wandelungs- und Minderungseinrede ist seit dem 1. 1. 00 gemäß Art. 169 EG. der einjährigen Verjährung des § 477 BGB. unterworfen, ihre Verjährung ist aber durch eine im Jahre 1898 erfolgte Streitverkündung unterbrochen.

c) OLG. Breslau, R. **04** 336 (1534): Die durch das BGB. abgekürzte Frist einer vor dem 1. 1. 00 bereits begonnenen Verjährung beginnt am 1. 1. 00 und endet, je nachdem es sich um eine ein-, zwei- oder mehrjährige Frist handelt, am 31. Dezember eines folgenden Jahres (gegen Neumann, BGB. EG. Art. 169 II, Niedner zu Art. 169, 4, b β Abs. 2, Habicht, Einw. § 16 III, übereinstimmend Hedemann, DJZ. **03** 569, Bendix, R. **04** 247 (s. oben).

d) OLG. Dresden, SächsA. **14** 376 ff.: Ist in einem unter altem Rechte geschlossenen Werkverdingungsvertrag eine Garantieübernahme auf eine bestimmte Zeit enthalten, so beurteilt sich die Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung von Mängeln des Werkes bis zum 1. 1. 00 nach altem, später nach neuem Rechte. Der durch ein Garantieversprechen gedeckte Anspruch ist nicht von der kurzen Verjährung ausgeschlossen.

e) OLG. Karlsruhe, PucheltsZ. **35** 220, BadRpr. **04** 281: Nur der Regreßanspruch der Berufsgenossenschaft nach § 96 Abs. 4 UVG. 6. 7. 84 unterliegt der dort normierten Verjährung von 18 Monaten, dagegen derjenige aus § 98 daselbst vom 1. Oktober 1900, dem Tage des Inkrafttretens des Gewerbeunfallgesetzes vom 30. Juni 1900 ab der im § 138 dieses Gesetzes normierten zweijährigen Verjährung, da auf ihn Art. 169 EGBGB. Anwendung findet.

Art. 170. I. Allgemeines.

1. Inhalt der Schuldverhältnisse.

a) **RG.** JW. **04** 196, R. **04** 285 (1323) (Planck VI Anm. 9a zu Art. 170; Niedner, EG. 333): Bei einem Erfüllungsgeschäfte bestimmt sich die Art und Weise, wie zu leisten ist, nach altem Rechte. Zum Inhalt aber ist, wenn die Leistung auf Auskunftserteilung und deren eidliche Bestärkung geht, das Maß der Eidespflicht zu rechnen.

b) BayObLG., SeuffBl. **04** 123: Die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides in bezug auf den Bestand einer Erbschaft, die sich vor dem 1. 1. 00 eröffnet hat, deren Bestand aber erst nachher festgestellt wird, bemißt sich nach dem bisherigen Rechte. (A. M. Habicht, Einw. (3) 189, 190.)

c) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 264: Art. 170 hält die bisherigen Gesetze nur für den Inhalt, den Umfang und die Wirkungen eines vor dem 1. 1. 00 begründeten Schuldverhältnisses aufrecht. Die Form des Erfüllungsgeschäfts dagegen — hier die Übertragung des Eigentums — bestimmt sich nach dem neuen Rechte.

d) **RG.** R. **04** 554 (2389): Voraussetzungen und Folgen des Leistungs- sowie des Annahmeverzugs beurteilen sich bei einem vor dem 1. 1. 00 ent-

standenen Schuldverhältnisse, auch wenn sie nach dem 1. 1. 00 eintreten, nach altem Rechte.

e) **RG.** R. **04** 604 (2625): Die Inverzugsetzung aus einem zweiseitigen, vor dem 1. 1. 00 abgeschlossenen Handelsgeschäft erfordert keine besondere Form, eine bloß mündliche Mahnung ist ausreichend.

f) OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 49: Die zur Inverzugsetzung aus einem altrechtlichen Schuldverhältnisse seit dem 1. 1. 00 erforderliche Mahnung richtet sich nach altem Rechte.

2. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

a) **RG. 57** 16 ff.: Im Sinne des Art. 170 EG. ist ein Schuldverhältnis noch vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden, wenn zur Begründung des Anspruchs auf die mündlich vereinbarte Vergütung für eine übernommene Handlung (Ehevermittelung) im Sinne des 8. Abschn. I. 11 ALR. nicht nur gemäß § 165 I. 5 ALR. die vollständige Leistung der Handlung, sondern auch der Eintritt eines bestimmten Erfolges erforderlich, und die Handlung noch völlig vor dem 1. 1. 00 geleistet, der Erfolg aber erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist.

b) BayObLG. R. **04** 388 (1731): Ein Schuldverhältnis wird von den Gesetzen beherrscht, die zur Zeit der Verwirklichung des ihm zugrunde liegenden Tatbestandes bestehen. Demnach wird eine unter der Herrschaft des früheren Rechtes erfolgte Schenkung unter Ehegatten, wenn ein Widerruf nicht erfolgt, auch dann gültig, wenn der schenkende Ehegatte erst nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorben ist.

3. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

a) Erfüllung.

KG., KGBl. **3** 112, R. **04** 47 (196): Zahlungen, die nach dem Inkrafttreten des BGB. aus einem vor dem 1. 1. 00 entstandenen Rechtsverhältnisse geleistet worden sind, sind in analoger Anwendung des § 366 BGB. in dem Falle, daß die Verpflichtung des Schuldners aus einem Schuldverhältnisse herrührt, auf diejenigen Raten zu verrechnen, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bieten, d. h. auf die zuerst verjährenden ältesten Raten.

b) Hinterlegung.

BayObLG., SeuffBl. **04** 61: Ob eine vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandene Schuldforderung durch Hinterlegung des geschuldeten Betrags nach dem 1. 1. 00 getilgt wird, ist nach BGB. zu beurteilen. Denn das Schuldverhältnis, auf das sich der durch die Klage geltend gemachte Anspruch gründet, ist zwar vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden, aber die Hinterlegung bildet ein selbständiges Rechtsgeschäft.

c) Aufrechnung.

α. OLG. Stuttgart, R. **04** 554 (2388): Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer unter der Herrschaft des neuen Rechtes erklärten Aufrechnung bestimmen sich grundsätzlich nach neuem Recht. Soweit jedoch die Aufrechnungsbefugnis sich als ein Ausfluß des vor dem 1. 1. 00 begründeten Schuldverhältnisses darstellt, ist die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung gemäß Art. 170 EGBGB. nach altem Rechte zu beurteilen. Dies trifft zu auf die dem Bürgen nach gemeinem Rechte zustehende Befugnis, Forderungen des Hauptschuldners gegen die Forderung des Gläubigers aufzurechnen, weil diese Befugnis als ein Bestandteil des Bürgschaftsvertragsinhalts betrachtet werden muß.

β. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 149: Für die Frage der Möglichkeit der Aufrechnung ist das alte Recht nur insoweit maßgebend, als sich die beiden Forderungen, die aufgerechnet werden sollen, schon vor dem 1. 1. 00 gegenüberstanden.

4. Übertragung der Forderung.

RG. 56 302: Die Rechtsfolgen einer nach dem 1. 1. 00 vorgenommenen Forderungsabtretung bestimmen sich nach neuem Rechte, obwohl der abgetretene Anspruch schon vor 1900 entstanden war. (Übereinstimmend Habicht, Einw. (3) 227ff.; Niedner, EG. 330 Anm. II 3c zu Art. 170; Planck VI 278 Bem. 8b zu Art. 170; Rehbein, BGB. 412 Anm. 33 zu §§ 398—413.)

5. Schuldübernahme.

OLG. 8 52 (Dresden): Die Rechtswirkungen einer unter dem alten Rechte erfolgten Hypothekenübernahme beurteilen sich grundsätzlich nach altem Rechte. So fällt die unter Geltung des § 432 SächsBGB. begründete persönliche Schuldverbindlichkeit des Eigentümers des Pfandgrundstücks begenüber dem Pfandgläubiger fort, auch wenn er das Pfandgrundstück erst 1902 veräußert (a. M. Habicht, Einw. (3) 239).

6. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

RG. 55 285 — s. JDR. **2** EG. Art. 170 VI —: Der Einfluß, den die Beteiligung einer Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern an einem Schuldverhältnis ausübt, und die Frage, wer in einem solchen Falle die Rechte aus dem Schuldverhältnis geltend zu machen und die Verpflichtungen aus ihm zu erfüllen und in welchem Umfange dies zu geschehen hat, berührt unmittelbar den Inhalt, den Umfang und die Wirkungen des Schuldverhältnisses und richtet sich, wenn das Schuldverhältnis vor dem 1. 1. 00 begründet war, nach altem Rechte.

II. Einzelne Schuldverhältnisse.

1. Kauf.

a) OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 35: Ein vor dem 1. 1. 00 über eine Liegenschaft abgeschlossener privatschriftlicher Kaufvertrag begründet nach § 1 Abs. 2 G. v. 24. 7. 89 die Verpflichtung der Parteien, den Kauf in der jedesmal für die Eigentumsübertragung vorgeschriebenen notariellen Form beurkunden zu lassen. Insoweit in diesem Vertrage Verpflichtungen begründet sind, sind sie nach dem alten Rechte zu beurteilen, und nur insoweit ist das neue Recht maßgebend, als es sich um die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten handelt, wie z. B. um die Auflassung oder um die Einholung der vormundschaftlichen Genehmigung.

b) OLG. Köln, Puchelts Z. **35** 49: Wird die Ware in Erfüllung eines vor 1900 abgeschlossenen Kaufvertrags erst nach 1900 abgeliefert, so kommen für die Untersuchungs- und die Mängelrügepflicht die Bestimmungen des § 377 HGB. zur Anwendung.

2. Werkvertrag.

RG. Puchelts Z. **35** 283ff.: Auf einen vor 1900 abgeschlossenen Bierlieferungsvertrag findet auch hinsichtlich der erst nach 1900 fälligen Bierlieferungen noch das alte Recht Anwendung, insbesondere also hinsichtlich des nicht auf Verzug gegründeten Rücktrittsrechts des Wirtes Art. 1184 code civil, so daß es stets einer Auflösungsklage bedarf. Die Vertragsstrafe wird zwar nach französischem Rechte erst nach Inverzugsetzung geschuldet, diese kann aber in Handelssachen formfrei und selbst mündlich erfolgen. Art. 347 HGB. a. F. findet seine Ergänzung in dem jeweils geltenden bürgerlichen Rechte.

3. Mäklervertrag.

RG. 57 16, JW. **04** 164, R. **04** 254 (1189): Wenn wie nach § 165 I. 5 ALR. bei einem nicht in der erforderlichen Schriftform geschlossenen Vertrag über Handlungen die Leistung sämtlicher Handlungen durch den einen Vertragschließenden die Wirkung hat, daß der andere die Vergütung dafür nach der mündlichen Abrede gewähren muß, so wird ein Schuldverhältnis, das die letztere Verpflichtung zum Gegenstande hat, begründet. Es ist entstanden, sobald die

letzte von dem Verpflichteten übernommene Handlung geleistet ist. Dies gilt auch für den Mäklervertrag, gleichviel wann der Erfolg eingetreten ist.

4. Bürgschaft.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 74: Auf eine im Jahre 1895 übernommene Bürgschaft findet, auch wenn die unterliegende Darlehnsschuld über den 1. 1. 00 verlängert ist, das alte Recht Anwendung.

5. Unerlaubte Handlungen.

a) **RG.** R. **04** 362 (1656): Ist der Erfolg einer schädigenden Handlung erst nach dem 1. 1. 00 eingetreten, so ist das BGB. anzuwenden, ohne daß es demgegenüber auf den Zeitpunkt der einzelnen schädigenden Handlungen, die zwar zum größten Teile in die Zeit vor dem 1. 1. 00 fielen, aber nur Einzelhandlungen einer fortgesetzten Handlung waren, ankommt.

b) BayObLG., SeuffBl. **04** 188: Für das Schuldverhältnis aus einer unerlaubten Handlung ist der Zeitpunkt der Handlung, nicht der des eingetretenen Erfolges entscheidend.

6. Familienrechtliche Schuldverhältnisse.

LG. Düsseldorf, bestätigt vom OLG. Köln, RheinA. **100** I 33: Das Verlöbnis ist nicht ein Vertrag, der ein Schuldverhältnis begründet, und der Vorschrift des Art. 170 EG. unterliegt, sondern ein Vertrag familienrechtlicher Natur. Für einen Verlöbnisbruch als eine Art unerlaubter Handlung kommt nicht das Recht in Anwendung, unter dessen Herrschaft die Eingehung des Verlöbnisses stattfand, sondern das Recht, unter dessen Herrschaft der Verlöbnisbruch erfolgte. Für die Schadensersatzansprüche aus §§ 1298—1300 BGB. ist es gleichgültig, ob, abgesehen von dem Verlöbnisbruch, die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschriften vor dem 1. 1. 00 erfüllt sind.

7. Über die Unterhaltspflicht geschiedener Ehegatten s. die Entsch. zu Art. 199.

Art. 171. 1. **RG.** RheinA. **100** II 61 ff.: Der Ausdruck Miet- oder Dienstverhältnis im Art. 171 umfaßt das ganze Rechtsverhältnis, also nicht bloß die Rechtsbeziehungen der Vertragschließenden während des bestehenden Vertrags, sondern auch die sich aus dessen Auflösung ergebenden Ansprüche. (Vgl. **RG.** JW. **01** 645, ElsLothrJZ. **29** 301.)

2. **RG. 55** 36 ff.: Art. 171 EG. bezieht sich nur auf die materiellen Rechte und Pflichten des Vertragschließenden, nicht auf die Form des Vertrages. Diese und die Folgen ihrer Verabsäumung sind nach dem zur Zeit der Errichtung des Rechtsgeschäfts in Geltung gewesenen Rechte, auch zur Zeit der Herrschaft eines neuen Rechtes zu beurteilen. Ein Pachtvertrag, der vor dem 1. 1. 00 geschlossen und nach ALR. wegen Mangels der gerichtlichen oder notariellen Form nur auf ein Jahr gültig war und mit sechsmonatiger Frist für den Schluß jedes Pachtjahres gekündigt werden konnte, ist auch nur in dieser beschränkten Wirksamkeit in die Geltungszeit des BGB. übergegangen. Hieran ist auch durch Art. 171 EG. nichts geändert.

3. **RG.** ElsLothJZ. **29** 404/405: Auf das nach dem Mietvertrag schon vor dem Inkrafttreten des BGB. bestehende Mietverhältnis findet noch das alte (französische) Recht Anwendung, auch wenn die Miete erst nach dem 1. 1. 00 anzutreten war. Auch fehlt es an der Voraussetzung des Art. 171, wenn nach dem bisherigen Recht kein Kündigungsrecht gegeben war.

4. **RG.** JW. **04** 166: Bei einem vor dem 1. 1. 00 mit Ausschluß der Kündigung während der Pachtzeit geschlossenen Pachtvertrage kommen gemäß Artt. 170, 171 für die Rechte und Pflichten der Parteien die Vorschriften des ALR. § 291 I. 21 und §§ 277 ff. I. 5 über die Haftung für den Schaden aus schuldhafter Unterlassung oder Versäumung einer notwendigen Reparatur der

Mietsache, für ein Mitwirken des Verschuldens an dem schädlichen Erfolge (Verletzung des Pächters durch schadhaften Zustand der Pachtsache) §§ 18—21 I 6 ALR. zur Anwendung.

5. OLG. Hamburg, DJZ. **04** 1000: Aus der bei Inkrafttreten des neuen Rechtes geschlossenen Vereinbarung, daß es bei den alten Vertragsbestimmungen (sechsmonatige Kündigungsfrist) sein Bewenden behalten sollte, ist nicht zu folgern, daß das Mietverhältnis auch in Zukunft nur dem bisherigen Recht unterstellt sein sollte. Es greift also § 570 BGB. Platz.

6. OLG. **7** 466, R. **04** 454 (Königsberg): Die Bestimmungen eines vor 1900 geschlossenen Mietvertrages, dessen Aufkündigung zu dem ersten nach dem Inkrafttreten des BGB. zulässigen Termin nicht erfolgt ist, bleiben in Kraft, soweit sie nicht zwingenden Normen des neuen Rechtes widerstreben.

Art. 172. (Vgl. Artt. 170, 171, 179.) **RG. 55** 247ff.: § 57 ZVG. bezieht sich nur auf diejenigen Miet- und Pachtverhältnisse, die seit dem 1. 1. 00 begründet sind. Die Bestimmungen des Art. 172 EGBGB. über die Rechte des Mieters oder Pächters gegenüber dem Erwerber des Grundstücks treffen nicht den Fall der Zwangsversteigerung und sind reichsgesetzlich auch nicht anderweit auf ihn ausgedehnt. (Begr. z. Art. 7 PrAGBGB.) A. M. Habicht, Einw. (3) 292, 293.

Art. 180. RG. 55 52 (vgl. **46** 143): Dem Besitzer einer beweglichen Sache steht die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. auch dann zur Seite, wenn die Eigentumsklage gegen ihn bereits vor dem 1. 1. 00 erhoben ist.

Art. 181. 1. *Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege 2c. 12, 21, 35, 136, 138, 143, 160: An den aus dem alten Markenverbande entsprungenen gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücken (s. Art. 164) steht den Beteiligten das Eigentum und auch die Benutzung grundsätzlich nicht nach Bruchteilen zu. Auch wo diese Zweckgrundstücke durch Gemeinheitsteilungsrezesse begründet sind und dabei ein bestimmtes Anteilsrecht der Beteiligten ausgerechnet ist, hat dies nur Bedeutung für den ausnahmsweisen Fall einer Teilung, nicht aber für die Benutzung, welche niemals nach Bruchteilen, sondern stets nur nach dem jeweiligen landwirtschaftlichen Bedürfnisse der beteiligten Hauptgrundstücke sich richtet (ebenda 108, 89).

2. Aus der Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 180, 184, 189, 192:

a) **RG. 56** 243, JW. **04** 87, 89, R. **04** 194 (925): Das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum an einer Sache, die sich nach dem BGB. als wesentlicher Bestandteil eines anderen Gegenstandes darstellt, ist mit jenem Zeitpunkt erloschen, da von dieser Zeit an zufolge Art. 181 das BGB. auf das bestehende Eigentum, also auch auf dessen Umfang anzuwenden ist, § 93 BGB. aber nicht zuläßt, daß wesentliche Bestandteile Gegenstand besonderer Rechte sind. Der vor diesem Zeitpunkt erhobene Anspruch auf Herausgabe einer solchen Sache, der auf vorbehaltenes Eigentumsrecht gestützt ist, muß aber wegen der eingetretenen Rechtshängigkeit in seiner persönlichen Richtung als von jenem Untergange unberührt gelten.

b) **RG.** SchlHolstAnz. **04** 198: Der Herausgabeanspruch, welcher aus einem unter der Herrschaft des früheren Rechtes erklärten Eigentumsvorbehalt begründet ist, bleibt durch den nach den Vorschriften des BGB. erfolgenden Untergang des Eigentumsrechts in seiner persönlichen Richtung unberührt, wenn die Rechtshängigkeit des Anspruchs vor dem 1. 1. 00 eingetreten ist.

c) OLG. Colmar, R. **04** 632 (2732): Die französisch-rechtliche aufgelöste Gütergemeinschaft ist keine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne des BGB. und des EG., untersteht also dem Art. 181 Abs. 2, nicht Art. 173 EG. Da nach dem Rechte des BGB. die Zulassung von Verfügungen über Grund-

stücke von dem Nachweis einer gegenwärtigen Befugnis des Verfügenden abhängt, mithin nur der Eigentümer eine Hypothek bestellen kann, aber nicht derjenige, welcher in einem eine bloße bedingte Anwartschaft auf künftigen Eigentumserwerb gewährenden Rechtsverhältnisse steht, ist der Teilhaber einer aufgelösten französisch-rechtlichen Gütergemeinschaft nicht legitimiert, die zu der Gemeinschaft gehörenden Grundstücke oder einen ideellen Bruchteil davon mit einer Hypothek zu belasten.

Übereinstimmend OLG. Colmar, ElsLothrJZ. **29** 479. Trotz der Bestimmung des Art. 883 code civil besteht nach französischem Recht unter den Teilhabern in einer aufgelösten Gütergemeinschaft und unter Miterben kein Eigentum zur gesamten Hand, sondern ein Miteigentum nach Bruchteilen. §§ 736, 743 ZPO. finden auf diese Miteigentümer keine Anwendung.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **03** 324, R. **04** 47 (198): Ein vor dem 1. 1. 00 entstandenes Miteigentumsverhältnis wird mit dem Inkrafttreten des BGB. zum Miteigentum nach Bruchteilen.

Art. 184. 1. *Scholz, ElsLothrJZ. **29** 419 ff., Zwischenrecht für Elsaß-Lothringen. Die unter der Herrschaft alten Rechtes entstandenen Grunddienstbarkeiten sind zufolge § 87 ElsLothrAG., Art. 184 EGBGB. auch ohne Eintragung in das Eigentums- oder vorläufige Grundbuch elsaß-lothringischen Rechtes, gültig, sofern sie es am 1. 1. 00 waren, und zwar auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des belasteten Grundstücks, da § 892 BGB. für das Zwischenrecht nicht gilt. Im Zwangsversteigerungsverfahren bleiben sie unberücksichtigt, wenn sie nicht angemeldet werden. — Die Eintragung ist jedoch zulässig.

2. Aus der Rechtsprechung. S. auch Artt. 180, 184, 189, 192.

a) **RG. 56** 10, ZBlFrG. **4** 495, ebenso OLG. Dresden das. **4** 499, R. **04** 168 (796), RheinNotZ. **04** 156, anders **RG. 48** 63, R. **01** 261 (929): Art. 184 EG. betrifft auch solche dinglichen Rechte, zu deren Begründung oder Wirksamkeit gegen Dritte es nach den bisherigen Gesetzen der Eintragung in das Grundbuch nicht bedurfte und die infolge dessen nicht eingetragen sind.

b) **RG.** JW. **04** 283, ZBlFrG. **5** 35, R. **04** 362 (1657): Art. 184 läßt, abgesehen von Artt. 192—195, die beim Inkrafttreten des BGB. bestehenden Rechte an Sachen oder Rechten nach Raum und Inhalt in Kraft. § 399 BGB. bezieht sich auch auf andere Rechte (§ 877 BGB.). Die Vorschrift des Art. 184 findet nicht nur auf die dinglichen Rechte, die am 1. 1. 00 schon eingetragen sind, Anwendung. Bei einem bestehenden dinglichen und eintragungsfähigen Rechte kann die Bewilligung der Eintragung gefordert werden.

c) **RG. 55** 315, R. **04** 106 (491): Dingliche Rechte, die einem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebiet angehören und zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestehen, ohne in das Grundbuch eingetragen zu sein, bleiben auch nach diesem Zeitpunkt eintragungsfähig und zur Erlangung der Wirksamkeit gegen Dritte eintragungsbedürftig, obwohl sie nicht zu der geschlossenen Zahl der eintragungsfähigen Rechte des neuen Rechtes gehören (Fischereirecht s. z. Art. 69) (anders **RG. 48** 65 ff., s. Nr. 1).

d) **RG. 56** 378, JW. **04** 165, R. **04** 254 (1190): Bei den Rechten des Art. 184 sind die dem Berechtigten zustehenden Befugnisse und die entsprechenden Pflichten des Eigentümers nach Art und Umfang gemäß dem früheren Rechte zu bestimmen. Allerdings fallen das Maß, in dem der Eigentümer bei objektiven Verletzungen dinglicher Rechte für das Tun und Lassen Dritter einzustehen hat, und die Folgen, die sich für seine Haftung aus einem konkurrierenden Verschulden des Berechtigten selbst ergeben, in weiterem Sinne ebenfalls unter den Umfang und somit unter den Inhalt der beiderseitigen Rechte und Pflichten.

In solchem weiteren Sinne ist aber der Ausdruck Inhalt der Rechte im Art. 184 nicht zu verstehen.

e) OLG. Cöln, RheinA. **100** I 43 ff. (gegen **RG.** JW. **03** 271): Der Erbauer einer halb auf seinem, halb auf des Nachbars Grundstücke stehenden Scheidemauer hat gegen diesen einen Ersatzanspruch auf die halben Baukosten auch dann, wenn die Mitbenutzung erst nach dem 1. 1. 00 stattgefunden hat. Die nach Art. 184 bestehen gebliebenen Rechte sind keineswegs nur solche, die im Grundbuch eingetragen sind, sondern alle Rechte, denen ein selbständiger Charakter innewohnt. Durch Art. 23 PrAGBGB. werden in betreff der Scheidemauern die Grundsätze des französischen Rechtes über die Beschränkungen des Eigentums der Nachbarn teilweise aufrecht erhalten und zwar sogar für Verhältnisse, die erst unter dem neuen Rechte geschaffen sind.

f) **RG. 56** 258, JW. **04** 110, RheinA. **100** II 120 ff., PuceltsZ. **35** 257 ff., R. **04** 194 (926): Das am 1. 1. 00 bestehende rheinische Kellerrecht kann seitdem nicht mehr unter den Begriff des Eigentums gebracht, sondern jetzt nur als Dienstbarkeit oder als Erbbaurecht, jedenfalls als ein durch Art. 184 aufrecht erhaltenes Recht an fremder Sache aufgefaßt werden; vgl. das. RheinA. **100** II 11 ff., ZBlFrG. **5** 570.

g) **RG. 58** 157, JW. **04** 381, ZBlFrG. **5** 153, R. **05** 451 (1862): Die Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten und die Form der Mitteilung an ihn gehört zum Inhalte des Vorkaufsrechts und richtet sich deshalb für die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Vorkaufsrechte nach altem Rechte.

h) Insbesondere Pfandrechte.

α. **RG. 55** 288 ff.: Bewegliche Sachen, die nach dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts zu einer Sachgesamtheit hinzukommen, der unter der Herrschaft des früheren (württembergischen) Rechtes durch Privatwillkür Zubehöreigenschaft verliehen war, treten in die hypothekarische Haftung nach diesem Zeitpunkte nicht ein, wenn ihnen nach dem BGB. die Zubehöreigenschaft nicht zukommt.

β. **RG.** BadRpr. **04** 278: Unterpfandsrechte des badischen Rechtes bleiben mit der aus Art. 192 EG. und Art. 40 BadEGBGB. 17. 6. 99 sich ergebenden Umwandelung in eine Sicherungshypothek nach Art. 184 EG. fortbestehen.

γ. HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 126: Da Artt. 192—195 EG. über die Rentenschuld (z. B. die des § 28 HambG. betr. Grundeigentum und Hypotheken v. 4. 12. 68) schweigen, so folgt, daß Grundstücksbelastungen der einzelnen Landesrechte (so Hamburg, Lübeck, München), welche in der Rentenschuldform erscheinen, gemäß Art. 184 auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes mit ihrem alten Inhalte bestehen bleiben. Art. 195 findet keine Anwendung; die Rentenschuld ist keine Grundschuld des BGB. HansOLG. das. 233.

Art. 187. OLG. 8 129 (KG.): Art. 187 entscheidet die Frage nicht, unter welchen formellen Voraussetzungen die Eintragung in das Grundbuch stattzufinden hat, dafür ist die Grundbuchordnung maßgebend, da das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

Art. 189. 1. *Schmid, ThürBl. **50** 248 ff. (267): a) Nach § 65 des weimarischen HypG. v. 6. 5. 39 gilt die Zustimmung des Pfandbestellers zur Eintragung der Hypothek zugleich als Anerkennung der versicherten Forderung. Diese Norm gehört nicht dem Sachenrecht, sondern dem Rechte der Schuldverhältnisse an. Daraus folgt, daß § 65 nicht gemäß Art. 189 EG. bis zu der im Großherzogtume Sachsen-Weimar erst in ferner Zeit zu erwartenden Einführung des Grundbuchs weiter gilt, sondern, daß die aus § 65 sich ergebende Nebenwirkung nur bei der vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten Zustimmung gemäß Art. 170 EG. in Kraft bleibt.

b) Derselbe, ThürBl. **51** 25 ff. (33): Der gemeinrechtliche Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises (§ 41 J II, 1, L. 19, 53 D. 18, 1) gründet sich auf eine dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörende Norm; für ihn gilt also die Übergangsvorschrift des Art. 170 EG.; er findet daher nur statt bei den vor 1900 abgeschlossenen Kaufverträgen, und nicht, was Immobilien anlangt, gemäß Art. 189 bei allen bis zur Einführung des Grundbuchs abgeschlossenen Grundstückskäufen.

2. Aus der Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 170, 180, 184, 192.

a) BayObLG., SeuffBl. **04** 385: Art. 189 Abs. 1 Satz 1 EG. wird, wenn die Forderung, wegen deren die Zwangsvollstreckung betrieben wird, mit einer Hypothek verbunden ist, dem Übergange der Forderung mit der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Dritten nicht entgegenstehen, der Übergang wird sich nach § 268 Abs. 3 wenigstens dann ohne weiteres vollziehen, wenn das bisherige Recht einen von anderen Voraussetzungen, insbesondere der Eintragung unabhängigen Übergang kraft Gesetzes bei Hypothekforderungen kennt. — Zu den Vorschriften über den Inhalt des Schuldverhältnisses gehören auch die Vorschriften darüber, ob und unter welchen Umständen der Gläubiger sich die Befriedigung durch einen Dritten gefallen lassen muß.

b) BayObLG., R. **04** 552 (2371), und das. 547, SeuffBl. **04** 525 ff.: In der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des BGB. und der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzunehmen ist, sind für die mit der Veräußerung eines Grundstücks verbundene Übernahme einer Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstück besteht, die Vorschriften des BGB. maßgebend. So gegen Habicht, Einw. (3) 240, 241 Anm. 1; Niedner, EG. (2) 396 Bem. 5 Ziff. 1; Planck, EG. VI Bem. 10c, 328; Rehbein, BGB. II 438 Bem. 6 Nr. 36 a. E.; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht (2) 598, 599 § 137 Nr. 3, 4 mit Staudinger, BGB. Anm. V § 416, Anm. II 2 Ac zu Art. 170 EG.

3. **RG.** SächsA. **14** 322: Ob eine Sache, die in ein unter die §§ 97, 98 BGB. fallendes Verhältnis zu einer anderen gebracht ist, rechtlich die Eigenschaft eines Zubehörs erlangt hat, ist nach dem BGB. zu beurteilen. Dies muß aber eine Ausnahme erleiden für den Fall, daß es sich um die Haftung des Zubehörs für eine Hypothek handelt, auf die, weil das Grundbuch noch nicht angelegt ist, die Bestimmungen des BGB. nicht Anwendung finden. EG. 189 ist für diese Frage maßgebend (vgl. zu Art. 184 Nr. 8).

4. OLG. Rostock, MecklZ. **22** 193, R. **04** 504 (2122): Die Ansicht, daß vor Anlegung des Grundbuchs für die Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. kein Raum sei, ist nicht haltbar. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift ist vielmehr mindestens für den Fall unbedenklich, daß auch nach dem bis zur Anlegung des Grundbuchs in Geltung gebliebenen Landesrecht der Eigentumsübergang an die Eintragung in ein öffentliches Buch geknüpft ist.

5. BayObLG., SeuffBl. **04** 18: Für die Form des Verzichts auf eine Hypothek (durch Freigabe von verpfändeten Grundstücken, ist bis zur Einführung des Grundbuchs das bisherige Recht maßgebend.

Art. 191. **RG.** JW. **04** 138, R. **04** 225 (1073): Der Besitzschutz für Grunddienstbarkeiten regelt sich nach Abs. 2 Art. 191 für die Übergangszeit nach Landesrecht. Der Rechtsschutz gegen Störung der Grunddienstbarkeit dagegen gemäß Art. 184 Abs. 2 sofort nach BGB. (§§ 1020—1028, 1014).

Art. 192. 1. Dennler, Zur Bedeutung des Art. 192 EGBGB., SeuffBl. **04** 89 ff. gibt eine Übersicht über die bisherige Rechtsprechung.

Derselbe: Zur hypothekenrechtlichen Überleitung das. 193—195.

2. Aus der Rechtsprechung. S. auch Art. 184.

a) **RG.** JW. **04** 403, R. **04** 483 (2010): Nach bisherigem Recht ohne

Eintragung in das Grundbuch dinglich wirksame Pfandrechte behalten ihren Charakter als dingliche Rechte gegen alle, gegen die sie schon vor dem 1. 1. 00 wirkten. Gemäß Art. 192 findet aber § 892 BGB. (Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs) auf sie Anwendung. Sie gelten ferner nach Art. 192 als Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, ihr Inhalt beurteilt sich nach dem Rechte des BGB. Ihrer Eintragung steht, da sie nicht rechtschaffende, das dingliche Recht begründende Bedeutung hat, weder § 15 KO. n. F. noch § 12 das. a. F. entgegen.

b) **RG.** Gruchots Beitr. **48** 1031: Wenn eine Kautionshypothek bereits unter der Herrschaft des alten Rechtes löschungsreif geworden ist, so bewendet es hierbei auch nach dem Inkrafttreten des BGB. Auch gegenüber Art. 192 behält der allgemeine Grundsatz Bedeutung, daß rechtsbegründende und rechtsvernichtende Ereignisse, die während der Geltung des alten Rechtes stattgefunden haben, rücksichtlich ihrer Wirksamkeit nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen sind.

c) OLG. Cöln, RheinA. **100** I 34 ff.: Die Vormerkung des preußischen Rechtes ist eine bedingte Eintragung der Hypothek selbst, wodurch für die endgültige Eintragung die Stelle in der Reihenfolge der Eintragungen gesichert wird, und stellt ein Recht dar, welches sich von einer endgültigen Hypothek nicht in seiner Wesenheit, sondern nur durch seinen provisorischen Charakter unterscheidet. Sie ist als ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 anzusehen (gegen **RG. 52** 40; KG., OLG. **2** 402, mit Habicht, R. **01** 334 ff.).

d) **RG.** JW. **04** 77: Wenn eine Hypothek nach Art. 192 EG. erst seit dem 1. 1. 00 als Hypothek des BGB. gilt, so sind die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtsakte, welche die Hypothek betreffen, nach den Vorschriften des bisherigen preußischen Rechtes zu beurteilen (**RG. 47** 229).

e) **RG.** Puchelts Z. **35** 405: Nach Umwandlung altrechtlicher badischer Hypotheken in Sicherungshypotheken infolge Anlegung des Grundbuchs entscheidet sich die Frage, welche Sachen als Zubehör des Grundstücks dem Hypothekengläubiger mithaften, ausschließlich nach BGB. Es haben sich aber alte Hypotheken nur insoweit in Sicherungshypotheken verwandelt, als sie nicht bereits bei Anlegung des Grundbuchs nach altem Rechte erloschen waren, mochten sie auch im Unterpfandsbuch nicht gelöscht sein. Erloschen ist ein altes Vorzugsrecht an Zubehörstücken, besonders dann, wenn der Verkäufer darauf verzichtet hat, was auch durch konkludente Handlungen geschehen kann (s. die Entsch. zu Art. 184 Nr. 9).

f) **RG. 55** 219: Auch die Kautionshypothek des früheren sächsischen Rechtes hat sich seit dem 1. 1. 00 in eine Maximalhypothek des § 1190 BGB. umgewandelt, wie das **RG. 49** 162 bereits für die Kautionshypotheken des älteren preußischen Rechtes entschieden hat.

g) OLG. Dresden, SächsA. **14** 630 ff.: Eine vor dem 1. 1. 00 eingetragene, nicht valutierte Hypothek des älteren (sächsischen) Rechtes gilt als bestehende Hypothek im Sinne des Art. 192, nicht als inhaltloser Grundbuchvermerk.

h) OLG. **9** 144 (Marienwerder): § 1166 BGB. (Benachrichtigung des persönlichen Schuldners durch den Hypothekengläubiger) findet auch auf ältere Hypotheken Anwendung.

Art. 193. RG. R. **04** 225 (1074): Nach Artt. 192, 193 EG. in Verbindung mit Art. 40 BadAGBGB. haben sich mit der Anlegung des Grundbuchs nur solche Unterpfands- und Vorzugsrechte des bisherigen Rechtes in eine Sicherungshypothek des BGB. umgewandelt, welche in diesem Zeitpunkte nach den Bestimmungen des bisherigen Rechtes als solche bestanden. Waren sie nach diesen Bestimmungen, wenn auch noch im Unterpfandsbuch eingetragen, erloschen, so bleiben sie erloschen und können nur im Wege der Berichtigung gelöscht

werden. Ob ein Unterpfandsrecht bestand oder erloschen war, bestimmt sich nach den Vorschriften des bisherigen Rechtes (Art. 189 EG.). (S. auch Art. 192 Nr. 5 dies. Entsch.)

Art. 199. OLG. Frankfurt a. M., R. **04** 47 (197), 530 (2263): Art. 199 EG. will die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einem von ihnen, besonders die gegenseitige Unterhaltspflicht, nur während bestehender Ehe regeln (KG., OLG. **2** 159), und ist auf geschiedene Ehegatten nicht anwendbar (**RG. 50** 307). Wenn das Ehescheidungsurteil, durch das der eine Ehegatte für den schuldigen Teil erklärt worden ist, bereits vor dem 1. 1. 00 erlassen und erst nachher rechtskräftig geworden ist, so kann der unschuldige Ehegatte nicht den Unterhaltsanspruch des § 1578 BGB., sondern nur die ihm nach altem Rechte zustehenden Ansprüche (Ehescheidungsstrafen) geltend machen. Auf die infolge der Scheidung zwischen den Ehegatten entstandenen Rechtsbeziehungen findet Art. 170 Anwendung. Das Schuldverhältnis ist die durch den Ausspruch der Schuldigerklärung im Ehescheidungsurteil festgesetzte Verpflichtung zur Tragung der vermögensrechtlichen gesetzlichen Folgen.

Art. 200. 1. *Natter, WürttZ. **46** 33 ff., untersucht den mittelbaren Einfluß des BGB. auf Erwerb, Verlust und Gegenstand der sog. statutarischen Nutznießung, soweit sie durch Art. 262 des württ. AGBGB. auf Grund des Art. 200 EG. aufrecht erhalten ist:

a) Der Erwerb der statutarischen Nutznießung setzt voraus, daß der überlebende Ehegatte Erbe des verstorbenen Ehegatten ist, Annahme, Ausschlagung der Erbschaft, Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung begründen sonach wie den definitiven Erwerb oder Verlust der Erbschaft so auch den der statutarischen Nutznießung.

b) Den Turnus der Miterben, an deren Erbteilen die statutarische Nutznießung erworben wird, bestimmt, trotz neuer Erbfolgeordnung, nach wie vor das frühere württembergische Recht, mittelbar hat das BGB. den Einfluß, daß sich die Größe der Erbteile der sog. Hinterfallserben unter Umständen anders als nach früherem württembergischen Rechte bestimmt oder daß die statutarische Nutznießung durch das Erbrecht des überlebenden Ehegatten absorbiert wird.

c) Ausschlagung der Erbschaft durch Geschwister des Erblassers, die zur Erbschaft berufen sind, mit der Folge, daß nur noch Kinder vollbürtiger Geschwister neben dem überlebenden Ehegatten erben, führt zu dem Erwerbe der statutarischen Nutznießung durch diesen im Gegensatze zum früheren Rechte, da die Wirkungen der Ausschlagung jetzt andere sind als früher.

d) Über Erwerb der statutarischen Nutznießung bei testamentarischer Erbfolge s. 37 ff. a. a. O.

e) Der Pflichtteil von Hinterfallserben unterliegt auch ferner der statutarischen Nutznießung, und zwar gleichgültig, ob er in Form der Erbeseinsetzung oder in Form des Forderungsrechts erworben wird.

f) Die Verwirkung der statutarischen Nutznießung regelt ausschließlich das frühere württembergische Recht unbekümmert um §§ 1666—1670, 1680 BGB. Mittelbar führt zum Verluste der statutarischen Nutznießung ex tunc die Anwendung der §§ 2339 ff. BGB., da die Erbunmündigkeit die Erbeigenschaft aufhebt.

2. Wieruszowski, Handbuch des Eherechts (II 1) 43—68:

a) Die güterrechtlichen Vorschriften des BGB. finden vom Standpunkte des Reichsrechts aus nur auf die nach dem 1. 1. 00 geschlossenen Ehen Anwendung, während die auf Gesetz und Vertrag beruhenden Güterstände alter Ehen einschließlich der güterrechtlichen Nachwirkungen einer vor dem 1. 1. 00 bereits

aufgelösten Ehe den bisherigen Gesetzen unterworfen bleiben (Einzelheiten s. 44—50).

b) Auch die Veränderungen alter Güterstände, die nach dem 1. 1. 00 eintreten, unterstehen in ihren Voraussetzungen und Wirkungen grundsätzlich den bisherigen Gesetzen. Ausnahmen für das neue Recht ergeben sich aus Art. 200 Abs. 2, 3 (Einzelheiten 51—56).

c) Der Herrschaftsbereich des Art. 200 EG. ist folgendermaßen zu begrenzen:

α. Wenn für den Güterstand einer am 1. 1. 00 bereits bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben sollen, so ist damit eine Entscheidung nur für diejenigen Güterstände altrechtlicher Ehen gegeben, die bisher unter der Herrschaft deutscher Güterrechtsnormen standen, nicht dagegen für solche, für die die Frage des internationalen Privatrechts im Sinne der Anwendung eines nicht reichsdeutschen ehelichen Güterrechts zu lösen wäre. In jenem Falle wird der altrechtliche Güterstand mit den Änderungen, welche sich aus Art. 200 ergeben (51—56), aufrecht erhalten, in diesem hat der deutsche Richter das ausländische eheliche Güterrecht anzuwenden, wie er es vorfindet. Der Wechsel der deutschen Güterrechtsgesetzgebung kommt für die Rechtsanwendung nicht in Frage, folgerecht ist auch hier die Anwendung der Vorschriften des Art. 200 ausgeschlossen, die für die deutschen altrechtlichen Güterstände in gewissen Beziehungen das neue deutsche Recht gelten lassen (56, 57).

β. Die Streitfrage, welche Kollisionsnormen der deutsche Richter anzuwenden hat, wenn er entscheiden muß, ob für eine vor dem 1. 1. 00 bereits bestehende Ehe deutsches oder ausländisches Güterrecht maßgebend ist (zeitliches Anwendungsgebiet der örtlichen Kollisionsnormen s. IDR. 1), beantwortet Wieruszowski dahin (58—66):

αα. Wenn der Richter findet, daß das Güterrecht einer altrechtlichen Ehe den altrechtlichen Güterstandsnormen eines früheren Landesrechts selbst untersteht, so greift Art. 200 EG. ein, der diesen Güterstand aufrecht erhält.

ββ. Ist die Anwendung eines nichtdeutschen Güterrechts begründet, so ist zu unterscheiden, ob vor dem 1. 1. 00 bereits die tatsächlichen Inlandsbeziehungen verwirklicht waren, bei deren Vorhandensein eine Inlandsprägung des bisherigen Güterstandes anzunehmen ist oder nicht. In jenem Falle bleibt es auch nach dem 1. 1. 00 bei diesem nach Maßgabe der altrechtlichen Kollisionsnorm geprägten Güterstande. Die Ausnahmen des Art. 200 Abs. 2, 3 treten nicht ein. Anderenfalls muß der Richter von der Anknüpfung der neuen Kollisionsnorm (z. B. Staatsangehörigkeit) ausgehen und danach das eheliche Güterrecht prägen.

γγ. Die Grundsätze zu β finden entsprechende Anwendung, wenn das Güterrecht eines anderen deutschen Bundesstaats maßgebend sein würde. In allen Fällen ist aber hier Art. 200 EG. anwendbar.

γ. Soweit für die Bestimmung des Güterstandes einer am 1. 1. 00 bestehenden Ehe die neuen Kollisionsnormen eingreifen, danach aber der Güterstand der Ehe ein ausländischer ist, finden auch die Vorschriften der Artt. 15, 16, 36 EG. Anwendung. Dies gilt auch für den Fall, daß der Richter auf Grund einer alten Kollisionsnorm ein ausländisches oder anderes deutsches Güterrecht für maßgebend zu erachten hat (67, 68).

Über das Verhältnis des BGB. zur Überleitungsgesetzgebung der Einzelstaaten und diese selbst s. daselbst die eingehende Darstellung 69—166.

3. Aus der Rechtsprechung, s. auch zu Artt. 203, 213, 214.

a) OLG. 9 430 (KG.): Die Vorschriften des BGB. über den Pflichtteil sind nur für solche Pflichtteilsberechtigte gegeben, deren Recht nach BGB. zu beurteilen ist. Das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der märkischen Witwe

untersteht nicht dem BGB., sondern ist trotz des EG. Art. 213 als eine durch Art. 46 § 2 PrAG. gemäß EG. Artt. 200, 218 aufrecht erhaltene erbrechtliche Folge des Güterstandes ausdrücklich den bisherigen Gesetzen unterworfen geblieben (mit Ausnahme der Änderungen in §§ 3—5). Nur soweit für die erbrechtliche Stellung des märkischen Ehegatten nicht besondere, mit dem Güterrechte zusammenhängende Vorschriften gelten, finden gemäß EG. Art. 213 die erbrechtlichen Vorschriften des BGB. Anwendung. Der Witwe steht daher, wenn sie die statutarische Portion gewählt hat, ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen des Erblassers (§ 2325 BGB.) auch dann nicht zu, wenn der Ehemann nach dem 1. 1. 00 starb.

b) OLG. Naumburg, ThürBl. **51** 301 →→ bestätigt vom **RG.** 10. 6. 04 ←←: Ist in Anhalt vor dem 1. 1. 00 eine Ehe ohne besondere vertragsmäßige Regelung des ehelichen Güterrechts geschlossen und ihr Sitz noch vor dem 1. 1. 00 in das Königreich Sachsen verlegt worden, so ist für ihre güterrechtlichen Verhältnisse das in Anhalt bis zum Inkrafttreten des BGB. in Geltung gewesene eheliche Güterrecht maßgebend.

c) OLG. **9** 154 (Hamm): Westfälische Gütergemeinschaft: Beerbung eines nach 1900 zuerst versterbenden Ehegatten einer vor diesem Zeitpunkt geschlossenen Ehe, wenn diese beerbt oder unbeerbt ist nach dem PrG. 16. 4. 60.

d) LG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 97. Die Wirkungen einer vor 1900 erfolgten Erbteilung nach dem hamburgischen Güterrechte bleiben auch nach dem neuen Rechte bestehen, also auch insofern ein Erbverzicht darin zu finden ist. (Habicht, Einw. (3) 769)

e. OLG. **8** 338 (KG.): Auf eine am 1. 1. 00 bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft (des pommerschen Rechtes) finden die Artt. 44ff. PrAGBGB. keine Anwendung.

f) HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 25: Der Ausschluß fortgesetzter Gütergemeinschaft in einem vor 1900 errichteten Testament ist, wenn der Testierende nach 1900 verstirbt, nach neuem Rechte zu beurteilen. Er ist sogar durch wechselseitiges Testament von Ehegatten unzulässig. (Planck zu Artt. 213 Anm. 3, 214 Anm. 1.)

Art. 201. 1. **RG.** JW. **04** 52, R. **04** 168 (797): Die Verfehlung muß nach altem Rechte nicht nur abstrakt, sondern auch konkret einen Scheidungsgrund gebildet haben, wie nach bisheriger Rechtsprechung (Ehebruch).

2. **RG. 58** 382: Das Recht des einen geschiedenen Ehegatten, Schenkungen an den anderen allein für schuldig erklärten Ehegatten zu widerrufen, richtet sich nach BGB., auch wenn das Scheidungsurteil noch vor dem bestätigenden Berufungsurteil, aber nach dem 1. 1. 00 erlassen ist.

3. **RG.** JW. **04** 115, DJZ. **04** 406: Die analoge Anwendung des Art. 169 EG. ergibt, daß im Streitfalle der Lauf der einjährigen Ausschlußfrist aus § 721 ALR. II. 1 dadurch gehemmt ist, daß die bereits seit Mai 1899 bestehende Trennung der Parteien seit 1. 1. 00 die Wirkung äußert, das Weiterlaufen der Ausschlußfrist gemäß § 1571 Abs. 2 BGB. zu verhindern. Diese Hemmung bestimmt sich auf Grund des Art. 169 Abs. 1 seit 1. 1. 00 nach neuem Recht.

Art. 203. 1. OLG. **8** 354, R. **04** 337 (1535) (Cassel): Das nach früherem kurhessischen Rechte für den Vater am mütterlichen Erbteile seiner Kinder vor 1900 entstandene lebenslängliche Nießbrauchsrecht ist unter dem neuen Rechte nicht beseitigt.

2. AG. Stuttgart, WürttZ. **46** 108ff.: Eine Mutter, die vor Inkrafttreten des BGB. eine neue Ehe eingegangen ist, die vor diesem Zeitpunkt bereits

wieder aufgelöst worden ist, kann über ein Kind aus der früheren Ehe keine elterliche Gewalt erwerben.

3. OLG. Braunschweig, SeuffA. **59** 329: Für den Unterhaltsanspruch, der auf Verwandtschaft beruht, ist die jeweilige Gesetzgebung maßgebend (Art. 203, vgl. auch 199). Nach dem für ein Schuldverhältnis maßgebenden Recht bestimmen sich aber auch die Wirkungen des Leistungsverzuges. § 1613 BGB. findet daher für den Unterhaltsanspruch vom 1. 1. 00 an Anwendung, auch wenn die Mahnung im Bereich des gemeinen Rechtes, das den Unterhaltsanspruch nach Art und Maß im wesentlichen wie das BGB. bestimmte, vor dem 1. 1. 00 erfolgte. Die Neuerung ist nur die, daß durch den Verzug die Unterhaltspflicht fortbesteht, während der gemeinrechtliche Grundsatz in praeteritum non vivitur auch im Verzugsfalle Geltung behielt und der Pflichtige seiner Verbindlichkeit für die Vergangenheit unter Vorbehalt etwaiger Schadensersatzpflicht überhoben war, wenn und soweit dem Berechtigten der Unterhalt von anderer Seite gereicht war.

Art. 208. 1. *Gräsel, ThürBl. **51** 122: Das Recht des außerehelichen Vaters, sein vor dem 1. 1. 00 geborenes Kind, dessen Anspruch gegen ihn auf Gewährung von Unterhalt in Form der Entrichtung einer Geldrente durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, selbst in Erziehung und Pflege zu nehmen und auf diese Weise der ihm obliegenden Unterhaltspflicht zu genügen, sobald das Kind die ersten Lebensjahre zurückgelegt hat, mag sofort mit dem Eintritte des für maßgebend erklärten Lebensalters des Kindes als erworben angesehen werden; als juristisch realisierbar, d. h. als mit der Befugnis ausgestattet, es gegen die verpflichtete Person geltend zu machen, entstanden betrachtet werden kann es erst, wenn das für das Kind zuständige Vormundsschaftsgericht sich auf gestellten Antrag amtlich dahin geäußert hat, das von ihm zu wahrende Interesse des Kindes stehe der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen. Herrscht bei dieser Geltendmachung darüber, ob die Gegenpartei im Rechtsstreit sich gefallen lassen muß, daß der außereheliche Vater unter Berufung auf das ihm nach Eintritt der Rechtskraft des erlassenen Urteils entstandene Recht, die ihm auf Grund des letzteren zustehende, von der rechtskräftig festgesetzten abweichende Art der Erfüllung wählte, Streit zwischen den Parteien, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts herbeiführen (ZPO. § 767). Eine Anrufung des Vormundschaftsgerichts durch den außerehelichen Vater, es möge den Streit in der Weise entscheiden, daß es eine auf die Erziehung und Verpflegung des Kindes sich beziehende, den Absichten des Antragstellers entsprechende Anordnung treffe, kann nicht zu dem von ihm erstrebten Ziele führen.

2. Abs. 1 Satz 2. *Mannherz, RheinARV. **03** 48—55: Durch diese Vorschrift wird der Art. 340 code civil, der die Erforschung der Vaterschaft verbietet, für alle vor 1900 geborenen unehelichen Kinder aufrecht erhalten, deren angebliche Väter Ende des Jahres 1899 im Gebiet des französischen Rechtes lebten, mögen die Kinder im Gebiete dieses Rechtes oder außerhalb geboren sein, da der Art. 208 keine Einschränkung macht. Nur wenn der Vater erst nach 1899 in das frühere französische Rechtsgebiet verzogen ist, findet Art. 340 c. c. keine Anwendung, weil er für diesen Rechtsfall nicht zu den „bestehenden Gesetzen" gehört; denn dieser Ausdruck hat nicht die für das Gericht, sondern für den konkreten Rechtsfall bestehenden Gesetze im Sinne (vgl. auch RheinA. **96** 3, 5 ff.).

3. Schott, BadRpr. **04** 109: Die vor dem 1. 1. 00 geborenen außerehelichen Kinder erhalten durch die erst nach dem 1. 1. 00 erfolgte Anerkennung nicht das Recht, den Familiennamen des Vaters zu führen.

Art. 208. 1. **RG.** JW. **04** 465, R. **04** 482: Die Rechtsbeziehungen der unehelichen Kinder dem Vater gegenüber sind keineswegs als von der Geburt an feststehende aufzufassen.

2. **RG.** SeuffA. **59** 238, PosMschr. **04** 76, R. **04** 141: Der Vater des vor 1. 1. 00 geborenen unehelichen Kindes im Geltungsbereiche des ALR. II. 2 §§ 622 ff. kann nach vollendetem 4. Lebensjahr die Unterhaltung des Kindes selbst bei sich oder einem Dritten übernehmen; das der Mutter nach § 1707 BGB. grundsätzlich zustehende Erziehungsrecht wird dann tatsächlich, insoweit als die Mutter durch den Mangel der Hausgenossenschaft behindert ist, durch den Vater oder Dritten ausgeübt. Will sich die Mutter die Möglichkeit der tatsächlichen Fürsorge sichern, so kann sie, auch gegen den Willen des Vaters, den Unterhalt des Kindes auf eigene Kosten selbst übernehmen. — S. JDR. **1** zu Art. 208 Nr. 2 u. JDR. **2** zu Art. 208 Abs. 2, 3.

3. LG. Berlin, KGBl. **03** 6: Hat die Mutter die Kinder verpflegt, während der Vater zur Zahlung eines bestimmten Alimentenbetrages verurteilt ist, so kann die Mutter ihre zunächst dem Vater gegenüber bestehenden Ersatzansprüche aus §§ 621, 622 II. 2 ALR. auch den Kindern gegenüber geltend machen, indem sie entweder Erstattung der Auslagen aus den gezahlten Alimenten oder Abtretung der Alimentenforderung bis zur Höhe der Auslagen verlangt; sie kann diesen Anspruch auf Abtretung des Alimentenanspruchs auch weiter abtreten ohne obervormundschaftliche Genehmigung, da ja die Kinder bereits befriedigt sind.

4. KG., NaumbAK. **04** 66, hält die JDR. **2** zu Art. 208 Nr. 2 mitgeteilte Ansicht aufrecht, daß die §§ 621 ff. ALR. II 2 für die vor 1. 1. 00 geborenen Kinder maßgebend geblieben sind, und erörtert die Voraussetzungen der Anwendung des § 624 (nur ein Einfluß, der einen wirklichen Nachteil für das Kind besorgen läßt; diese Besorgnis muß konkret, nicht nur durch Hinweis auf allgemeine Lebenserfahrung begründet werden).

Dagegen hält LG. Halberstadt, NaumbAK. **04** 2 das Recht des Vaters nach § 622 II. 2 auf Herausgabe des Kindes zur eigenen Verpflegung als mit dem Erziehungsrecht der Mutter (§§ 1707, 1631 BGB.) unvereinbar, für beseitigt.

5. OLG. Dresden, SächsA. **14** 639: Brautkinder im Sinne des sächsischen Rechtes (§ 1578 SächsBGB., Art. 208 Abs. 2 EGBGB.) sind eheliche Kinder im Sinne des § 1 RG. v. 13. 6. 95 betr. die Fürsorge für Witwen und Waisen von Angehörigen des Reichsheeres. Dazu **RG.** JW. **04** 498, DJZ. **04** 947: Da der Begriff der ehelichen Kinder bei Erlaß des RG. v. 13. 6. 95 reichsgesetzlich noch nicht normiert war, somit die Landesgesetze dafür maßgebend waren, so muß, wenn in einem Landesgesetz die Brautkinder wegen ihrer Rechte den ehelichen gleichgestellt sind, das, was in diesem Gesetz zugunsten der ehelichen Kinder bestimmt ist, auch für die Brautkinder gelten. Das Gesetz v. 13. 6. 95 nennt neben den ehelichen auch die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder und stellt letztere damit, unabhängig von dem Landesrecht, unter das Gesetz.

6. LG. Breslau, BreslAK. **04** 16: Die Vorschrift des § 1709 BGB. gehört als Vorschrift über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder zu den nach Art. 208 auch auf die vor 1. 1. 00 geborenen Kinder anwendbaren Bestimmungen.

Art. 209. Über die Adoptionsform nach gemeinem Recht, **RG.** HessRspr. **5** 28: Der leibliche Vater, der sein in seiner väterlichen Gewalt befindliches Kind in Adoption gibt, muß diesen Willen in Gegenwart des nicht widersprechenden Kindes und des Adoptivvaters zu richterlichem Protokoll erklären; dies muß das Protokoll ergeben. Vgl. JDR. **2** Art. 209 Abs. 5.

Art. 210. 1. OLG. 8 367, Puchelts Z. **35** 350, RheinA. **100** I 182 (Cöln): § 50 der PrVormO. ist nicht durch Art. 210 beseitigt, sondern als eine erbrechtliche Vorschrift zugunsten der minderjährigen Benefizial-Erben aus der Zeit vor 1900 aufrechterhalten, so daß Handlungen oder Unterlassungen, die der Vormund auch nach 1. 1. 00 vornimmt, dem Mündel die altrechtliche Benefizialeigenschaft nicht entziehen können. Vgl. auch Art. 213 Nr. 2.

2. LG. Köln, RheinARV. **21** 12: Zu den durch Art. 213 aufrechterhaltenen Materien gehören die Vorschriften über die Voraussetzungen der Nachlaßfürsorge im Interesse des Erben wie Dritter; deshalb sind für altrechtliche Erbfälle die Voraussetzungen der Nachlaßpflegschaft, die Frage, von wem und zu welchem Zwecke sie beantragt werden kann und welche Behörde sie einzuleiten hat, nach altem Recht zu bestimmen, insoweit also § 694 ZPO. (a. F.), Art. 812 c. c., § 89 PrVormO. aufrechterhalten (Art. 89 PrAGBGB.: „unbeschadet der Übergangsvorschriften"). Vgl. JDR. **2** Art. 210 Abs. 5.

3. Über die Beteiligung Minderjähriger bei Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses s. Art. 213 Nr. 24.

4. OLG. 8 366, BreslAK. **04** 37 (Breslau): Die Frage, ob dem Mündel wegen rechtlicher Verhinderung ein Pfleger zu bestellen war, entschied im Bereich der PrVO. endgültig das Vormundschaftsgericht. Hat dies einen Vertrag genehmigt und damit eine besondere Vertretung für entbehrlich erklärt, so hat der Prozeßrichter nicht nachzuprüfen, ob der Vormundschaftsrichter zu Unrecht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 86 VO. verneint hat.

Art. 213. A. Literatur:

1. *du Chesne, R. **04** 460: Das Wesen der erbrechtlichen Auslegungsregel ist Ergänzung des unvollständigen oder Ersetzung des überholten Willens des Erblassers, endlich auch gesetzliche Schlußfolgerung. Sie ist sonach nicht Inhalt des wirklichen Willens des Erblassers, sondern gesetzliche Abänderung dieses Willens, also Gesetz. Hat der Erblasser unter altem Rechte testiert, ist aber unter neuem Rechte gestorben, so wird sein Wille vom neuen Rechte ergriffen, und zu diesem gehören die Auslegungsregeln. Altrechtliche Auslegungsregeln können nur zur Anwendung kommen, wenn sie dem Willen des Erblassers entsprechen; ist dies aber feststellbar, so gilt der so gefundene wirkliche Wille des Erblassers und nicht die altrechtliche Auslegungsregel (Artt. 213, 214 EG.).

2. *Burghart, Justizd. Rdschau **04** 213: Haben Ehegatten, die im Güterstand der Gütergemeinschaft nach bayerischem Landrecht lebten, in einem vor dem Jahre 1900 errichteten Ehe- und Erbvertrag eine Bestimmung dahin getroffen, daß nach Ableben des einen Ehegatten der überlebende Ehegatte verpflichtet sein soll, den gemeinschaftlichen Kindern ein Drittel des gesamten reinen beiderseitigen Vermögens als Vater- oder Muttergut auszuzeigen, so ist diese Bestimmung dahin aufzufassen, daß die Kinder nicht insgesamt ein Drittel des Nachlasses als Vermächtnis, sondern ein Drittel des Gesamtguts, somit zwei Drittel des Nachlasses als Erbteil erhalten sollen. In der Auszeigung des Vater- oder Mutterguts ist keine Pflichtteilszuwendung zu erblicken, sofern diese nicht deutlich aus dem Sinne des Vertrags hervorgeht.

3. Hermann, WürttZ. **46** 71 ff.: Ist für die Anrechnung der vor dem 1. 1. 00 gegebenen Ausstattungen auf den Pflichtteil das Württ. Landrecht oder das BGB. maßgebend? Verneint die Anwendung des württembergischen Rechtes und kommt zu dem Ergebnisse, daß die vor dem 1. 1. 00 gegebenen Ausstattungen nicht auf den Pflichtteil angerechnet werden können.

4. Über Abwesenheits- und Nachlaßpflegschaften der Übergangszeit in Württemberg s. Hermann, WürttZ. **46** 171 ff. (Der Wirkungskreis des nach § 1911 BGB. zu bestellenden Abwesenheitspflegers soll regelmäßig nicht auf

den Erbschaftsantritt erstreckt werden, soweit nicht Verjährung droht, solange das Interesse des Abwesenden es nicht erfordert).

B. Rechtsprechung: S. auch zu Artt. 200, 203, 214, 217.

I. Gesetzliches Erbrecht.

1. OLG. Dresden, SächsA. **14** 243: Zu den erbrechtlichen Verhältnissen gehört auch das Pflichtteilsrecht. Mit ihm beantwortet sich, auch wenn der Erblasser nach dem 1. 1. 00 verstorben ist, die Frage, inwieweit eine Zuwendung zum Ausgleich zu bringen ist und ihre Berücksichtigung bei der Berechnung des Pflichtteils nach den Bestimmungen des mit diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen BGB.

2. OLG. 8 367, R. **04** 337 (536) (Cöln): § 50 PrVO. enthält eine erbrechtliche Vorschrift im Sinne des Art. 213 und muß daher auch jetzt für die Rechtsstellung der am 1. 1. 00 bereits vorhandenen minderjährigen Erben Platz greifen. ⇶ A. M. Habicht, Einw. 705. ⇷

II. Testamentarische Erbfolge, Testamente.

1. Auslegung der Testamente.

a) OLG. **9** 395 (KG.): Nach Art. 213 erhält der Inhalt eines vor dem 1. 1. 00 errichteten Testaments seine rechtliche Bedeutung aus dem BGB. Dagegen muß bei der Auslegung auf die Zeit der Errichtung zurückgegangen werden, und zwar sind nicht bloß die tatsächlichen Verhältnisse seiner Zeit, sondern es ist auch der damalige Rechtszustand in Rücksicht zu ziehen. Denn es erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß auch die bestehenden Gesetze auf die Ausdrucksweise des Testators ihren Einfluß ausgeübt haben (KGJ. **22** A 55).

b) **RG.** JW. **04** 144, Gruchots Beitr. **48** 998, R. **04** 225 (1075): Selbstverständlich ist, daß bei der Erforschung dessen, was der Erblasser hat sagen wollen, die bei Niederschrift des Testamentes obwaltenden Verhältnisse von Bedeutung sind und daß deshalb, soweit zum Verständnisse seiner Worte der Sprachgebrauch in Betracht kommt, die Bedeutung, die den gebrauchten Worten damals zukam, zugrunde zu legen ist.

c) OLG. Hamburg, HansGerZ. **04** Beibl. 261, ZBlFrG. **5** 389: Die Auslegungsregel des § 2269 BGB. ist auch auf ein unter dem alten Rechte errichtetes, aber erst unter dem neuen eröffnetes Testament anzuwenden.

2. Enterbung.

a) HansOLG., HansGerZ. **04** Beibl. 206: Das Recht der Enterbung in guter Absicht des früheren Rechtes ist durch die Vorschriften des BGB. §§ 2333, 2338 für alle nach dem 1. 1. 00 Versterbenden beseitigt, und zwar auch für den Fall, daß deren letztwillige Verfügung schon vor diesem Termine errichtet ist. Denn nach Art. 214 Abs. 1 EG. bestimmen sich Inhalt und Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nach dem BGB.; namentlich auch das Pflichtteilsrecht und die Gründe, aus denen der Pflichtteil entzogen werden könne.

b) OLG. Posen, PosMschr. **04** 42, R. **04** 284 (1314): Auch eine Enterbung, die in einer vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten letztwilligen Verfügung ausgesprochen ist, kann seit dem 1. 1. 00 durch die formlose Verzeihung des neuen Rechtes entkräftet werden.

3. Anfechtung wegen Verletzung des Pflichtteils.

a) **RG.** JW. **03** 128, R. **04** 47 (194): §§ 2325 ff. BGB. sind auch bei Schenkungen vor dem 1. 1. 00 anwendbar, wenn der Erblasser nach dem 1. 1. 00 gestorben ist.

b) **RG.** JW. **04** 362, Gruchots Beitr. **48** 989 ff., R. **04** 450 (1860): § 2329 greift auch dann gemäß Art. 213 Platz, wenn die in Rede stehende Schenkung, deren Tatbestand im übrigen den begrifflichen Merkmalen der Schenkung des neuen Rechtes entsprechen muß, schon vor dem 1. 1. 00 stattgefunden hat.

4. Erbeinsetzung, Substitutionen.

a) BayObLG., R. **04** 387 (1728): Die Erbeinsetzung der Abkömmlinge als Noterben in einem vom Vater vor dem 1. 1. 00 errichteten Testament wird mit diesem Zeitpunkte auch dann nicht hinfällig, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser, falls er das Testament unter der Herrschaft des BGB. errichtet hätte, die Abkömmlinge nicht als Erben eingesetzt haben würde.

b) KGJ. **26** A 59 (KG): Das BGB. kennt keine Quasipupillarsubstitution. Enthält eine vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtete letztwillige Verfügung eine solche und stirbt der Geisteskranke, für den der Erbe berufen ist, nach diesem Inkrafttreten, so ist die Quasipupillarsubstitution als solche unwirksam, auch wenn der Testator vor dem 1. 1. 00 verstorben war.

c) OLG. **7** 359, KGJ. **26** A 202, R. **04** 20 (75) (KG.): Eine in einem vor 1900 errichteten Testament angeordnete fideikommissarische Substitution ist, wenn der Erblasser nach dem 1. 1. 00 verstorben ist, als Nacherbfolge des BGB. zu behandeln.

d) LG. Rostock, MecklZ. **22** 340, ZBlFrG. **5** 148: Der in einem altrechtlichen Testamente bestellte Dispositionsnießbrauch kann gegebenenfalls als Vorerbschaft des neuen Rechtes behandelt werden; dies insbesondere, wenn der Erblasser der Nießbraucherin das hinterlassene Recht direkt mit seinem Tode zuwenden und sie zur Erlangung des Rechtes nicht erst an die Erben verweisen wollte.

e) KG., SchlHolstAnz. **04** 185: Seit dem 1. 1. 00 ist im Gebiete des Gemeinen Rechtes an die Stelle des Universalfideikommisses die im Erfolge gleichartige Rechtsform der Vor- und Nacherbschaft getreten.

f) OLG. **9** 403 (KG.): Der Grundbuchrichter kann, wenn ein Vorerbe des ALR. oder des BGB. über Nachlaßgrundstücke verfügen will, auch im Falle einer befreiten Vorerbschaft selbst bei Vorlegung einer Urkunde über den Abschluß eines entgeltlichen Geschäfts die Zustimmung des Nacherben oder dessen vorgängige Eintragung im Grundbuche verlangen (vgl. KG., KGJ. **25** A 278, OLG. **6** 320).

5. Offenbarungseid des Erben.

BayObLG., SeuffBl. **04** 123, ZBlFrG. **5** 590, R. **04** 601 (2591): Ist der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben, so ist für Pflicht zur Leistung und die Form des Offenbarungseids nicht §§ 260, § 261 BGB., sondern für Bayern Art. 85 BayAGZPO. u. KO. 23. 2. 79 maßgebend. Die Aufhebung dieser Vorschrift im Art. 166 Ziff. XVI BayAGBGB. hat, wie sich aus Art. 176 desselben Gesetzes ergibt, keine rückwirkende Kraft.

6. Testamentsvollstrecker.

a) **RG.** FrankfRundsch. **38** 46; R. **04** 530 (2264): Zu den erbrechtlichen Verhältnissen, die sich im Falle des Art. 213 nach früherem Rechte bestimmen, gehört auch das Institut des Testamentsvollstreckers einschließlich der über seine Bestellung, Verwaltung seines Amtes und Entlastung getroffenen Bestimmungen.

b) **RG.** Puchelts Z. **35** 419: Für die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist bei dem erst nach dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten Tode des Erblassers das neue Recht maßgebend.

c) OLG. Posen, ZBlFrG. **5** 149, R. **04** 337 (1537); **RG.** R. **04** 530 (2264), ZBlFrG. **5** 390: Ist der Erblasser vor dem 1. 1. 00 verstorben, so sind auch für die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers die Bestimmungen des alten Rechtes maßgebend.

d) **RG.** JW. **04** 11, Gruchots Beitr. **48** 1035, R. **04** 106 (486): Die Anwendbarkeit der Vorschriften im § 2200 BGB. und folgeweise (vgl. § 1 FrGG.)

des § 81 FrGG. beschränkt sich auf die nach dem 1. 1. 00 eingetretenen Erbschaftsfälle.

e) **RG. 56** 329: Der Schiedsspruch gegen die Erben bindet nicht den Testamentsvollstrecker, für dessen Rechtsstellung bei dem erst nach dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten Tode des Erblassers das neue Recht maßgebend ist.

7. Verträge über Verfügungen von Todes wegen.

OLG. 8 290 (Kiel): § 2302 BGB. — Nichtigkeit der Verträge über Errichtung einer Verfügung von Todes wegen — ist prohibitorisch und auch — entgegen dem Grundsatze des Art. 170 EG. auf bestehende Schuldverhältnisse anzuwenden.

8. Erbschaftliches Liquidationsverfahren.

a) KG., ZBlFrG. **4** 412 ff., KGJ. **26** A 205, R. **04** 78 (345): Die gerichtliche Auseinandersetzung von Miterben, deren Erblasser vor dem 1. 1. 00 verstorben ist, findet nicht nach den Vorschriften des FrGG., sondern nach den Landesgesetzen statt.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 74, R. **04** 504 (2123): Die Aufstellung des Nachlaßverzeichnisses wegen Beteiligung Minderjähriger als Erben gehört zum Familien- und Vormundschaftsrecht, und untersteht daher dem neuen Rechte.

Art. 214. 1. Mangler, SächsA. **14** 684 ff.: Die Wirkung alt-(sächsisch-) rechtlicher gemeinschaftlicher Testamente unter Ehegatten in Beziehung auf die Ansprüche des von dem wiederverheirateten Teile unter der Herrschaft des neuen Rechtes hinterlassenen zweiten Ehegatten: Das sächsische Recht gilt nur noch für die Frage, ob zur Zeit der Errichtung oder Aufhebung der Verfügung die gehörige Form des Rechtsgeschäfts und die Fähigkeit des Verfügenden vorhanden gewesen, sowie dafür, ob und in welchem Umfange der Erblasser dem Erbvertragsgenossen von Todes wegen gegenüber an die letztwillige Verfügung dergestalt gebunden ist, daß er die Verpflichtungen aus jenem Rechtsgeschäfte nicht widerrufen, aufheben, ändern kann. Die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit andere Personen, z. B. Pflichtteilsberechtigte, jene Verfügung anfechten können, ist dem neuen Rechte vorbehalten (688).

2. Aus der Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 200, 213.

a) Allgemeines, Errichtung, Widerruf letztwilliger Verfügungen.

α. OLG. Posen, PosMschr. **04** 41, R. **04** 285 (1324): Die Bestimmung des Art. 214 betrifft nur die formale Kraft eines unter altem Rechte errichteten Testaments, es wird durch sie nur die Frage, ob ein solches Testament formell gültig, d. h. mit der erforderlichen Testamentsfähigkeit und unter Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet oder aufgehoben ist, der Beurteilung nach altem Rechte unterworfen. Der Inhalt der testamentarischen Verfügungen muß nach neuem Rechte gewürdigt werden. Die Enterbung stellt sich als eine dem Inhalte des Testaments angehörende Anordnung dar. Die Enterbungsgründe sind daher bei Fällen, wo die Enterbung in einem vor 1900 errichteten Testament ausgesprochen, der Erblasser aber erst nach dem 31. 12. 99 gestorben ist, dem neuen Rechte zu entnehmen.

β. OLG. 8 287 (KG.): Ein in älteren Testamenten vorbehaltener Nachzettel muß nach dem 1. 1. 00 in der Form des § 2231 BGB. errichtet werden.

γ. OLG. 8 281 (KG.): Ein unter der Herrschaft des ALR. errichtetes privatschriftliches Testament wird durch Erwähnung in einer nach 1900 errichteten letztwilligen Verfügung nicht gültig ⇛ BGB. § 2231 ⇚.

δ. BayObLG., ZBlFrG. **5** 262, R. **04** 451: Der Inhalt eines vor dem Inkrafttreten des BGB. abgeschlossenen Erbvertrags bestimmt sich danach, wie er nach dem zur Zeit seiner Schließung geltenden Rechte auszulegen ist.

b) Erbverträge, wechselseitige Testamente.

α. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 150: Bei einem wechselseitigen, unter Ehegatten vor dem 1. 1. 00 errichteten Testament entscheidet sich die Frage, inwieweit der überlebende Ehemann durch das Testament gebunden ist, nach früherem Rechte und den Umständen des Einzelfalls.

β. BayObLG. **9** 391 ff., SeuffA. **59** 99 ff.: Die auf Grund einer vor dem 1. 1. 00 errichteten letztwilligen Verfügung (gemeinschaftliches Testament) unter der Herrschaft des BGB. zur Wirksamkeit gelangenden Erbeinsetzungen haben dieselbe Wirkung, wie wenn sie unter der Herrschaft des BGB. angeordnet worden wären (**RG. 49** 44). Dies gilt insbesondere auch insoweit, als das BGB. der getroffenen Verfügung für den Fall einer Änderung der Umstände, an die der Verfügende nicht gedacht hat, durch eine Auslegungsregel oder eine ergänzende Vorschrift eine Bedeutung gibt, die dem entspricht, was ein den Fall berücksichtigender Erblasser vernünftigerweise bestimmen würde (§ 2069 BGB.).

γ. **RG.** ZBlFrG. **5** 389, R. **04** 577 (2513): Die erbrechtlichen Verhältnisse aus einem wechselseitigen Testamente, welches gemeinschaftliche, in einem gewissen Zusammenhange mit einander stehende letztwillige Verfügungen der Eheleute enthält, können nur einheitlich nach dem am letzten Wohnsitze des erstverstorbenen Ehegatten geltenden Rechte beurteilt werden. Hieran kann der Umstand, daß der überlebende Ehegatte nach dem Tode des Erstverstorbenen seinen Wohnsitz in ein anderes Rechtsgebiet verlegt hat, nichts ändern. Bereits durch das Ableben des erstverstorbenen Ehegatten und den Erwerb der Erbschaft durch den Überlebenden sind den in dem Testament eingesetzten Nacherben wohlerworbene Rechte erwachsen, die ihnen nicht wieder entzogen werden können.

c) Eröffnung, Ablieferung gemeinschaftlicher Testamente.

α. OLG. **9** 420, ZBlFrG. **5** 499 (KG.): Ein vor 1900 verkündetes gemeinschaftliches Testament von Ehegatten ist, wenn der zweite Ehegatte unter der Herrschaft des neuen Rechtes verstirbt, noch einmal zu verkünden (Habicht, Einw. (3) 745 Anm. 1; a. A. OLG. Hamburg, OLG. **2** 63).

β. OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **04** 343, ZBlFrG. **5** 499: Die vor 1900 errichteten Eheverträge, in denen freigebige Verfügungen der Eheleute über zukünftiges oder über gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen enthalten sind, müssen nach dem Tode des Zuwendenden an das Nachlaßgericht abgeliefert und von diesem zum Zwecke der Eröffnung angenommen werden. Dem Nachlaßgericht steht nicht das Recht zu, zu prüfen und zu entscheiden, ob die im Ehevertrag enthaltene Verfügung von Todes wegen zu Recht bestehe, und bei Verneinung dieser Frage die Annahme des Ehevertrags abzulehnen.

Art. 217. BayObLG., R. **04** 387 (1720): Ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes, das ein Erbrecht der Ehegatten nicht kannte, abgeschlossener Erbvertrag schließt, wenn ein Ehegatte erst nach Einführung des BGB. stirbt, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nur dann aus, wenn in den Erbvertrag ein nach den Vorschriften des früheren Rechtes gültiger Erbverzicht enthalten ist (Bay. Landrecht).

Art. 218. S. zu Artt. 21, 184, 208.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.



